

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Max Oberle

von Full-Reuenthal (Aargau)

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. H. Nef

1952

Buchdruckerei Dr. J. Weiss, Affoltern am Albis



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Max Oberle

von Full-Reuenthal (Aargau)

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. H. Nef

1952

Buchdruckerei Dr. J. Weiss, Affoltern am Albis

*Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet
hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit
zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.*

Zürich, den 16. Februar 1952

Der Dekan :

Prof. Dr. G. Weiss

Hermann Büchel in Freundschaft



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung: Geschichte und Problemstellung	1
1. Teil: Der Begriff des Grundsatzes	14
§ 1. Das Verbot des Uebermaßes und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	14
I. Das Verbot des Uebermaßes	14
II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	20
III. Der Gegensatz zwischen dem Verbot des Uebermaßes und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	23
§ 2. Die Form des Grundsatzes	24
I. Die Verhältnismäßigkeit: eine Dreiecksbeziehung	24
II. Die Dreiecksbeziehung im Grundsatz: Mittel, Zweck und Drittmaß	25
III. Varianten in der Dreiecksbeziehung	26
1. Die Verhältnismäßigkeit des Mittels	27
2. Die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck	28
§ 3. Der Inhalt des Grundsatzes: Das Verhältnismaß	29
2. Teil: Die Grundlegung des Grundsatzes	34
§ 4. Die Grundlegung allgemein in Moral und Recht	34
§ 5. Die Grundlegung im Rechtsstaat	40
§ 6. Die Grundlegung in der schweizerischen Bundesverfassung	49
3. Teil: Der Grundsatz in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes	59
§ 7. Kasuistik der Entscheide	60
I. Nach der Rechtsform	61
II. Nach dem Inhalt	69
III. Nach dem Verfahren	74
§ 8. Die Anknüpfungspunkte für die Verhältnismäßigkeit	77
I. Der Eingriff	78
II. Der Zweck	83
III. Der Erfolg	87

§ 9. Die Verwirklichung des Grundsatzes	Seite 89
I. Verbot des Uebermaßes oder Grundsatz der Verhältnismäßigkeit?	89
1. in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 31 BV	91
2. in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 4 BV	92
II. Varianten im Grundsatz	97
1. Die Verhältnismäßigkeit des Mittels	97
2. Die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck	98
Literaturverzeichnis	101

Einleitung

Geschichte und Problemstellung

I

1. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist eine im Rechtsstaat allgemein anerkannte Maxime des Polizeirechts. Hingegen stehen Sinn und Bedeutung dieses Grundsatzes nicht so eindeutig fest, wie man das vielleicht vermuten könnte. Die vorliegende Arbeit möchte etwas zu seiner Klärung beitragen.

Um mit der Problematik des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vertraut zu werden, ist eine geschichtliche Betrachtung seiner Entwicklung unerläßlich. Ja, die Tragweite dieses polizeilichen Rechtsgrundsatzes läßt sich nur aus seiner Geschichte ermessen. Es ist also zunächst zu untersuchen, unter welchen Umständen diese Maxime im Rechtsleben zu Bedeutung gelangt ist.

2. Mit dem Aufkommen der Verwaltungsgerichte im letzten Viertel des neunzehnten Jahrhunderts in Mitteleuropa stellte sich eine Hauptfrage, die Literatur und Praxis immer wieder beschäftigt hat: Wie weit sollte sich die Kontrolle der Gerichte auf Akte der Verwaltung erstrecken? Einerseits wollte man eine unerwünschte Einmischung der Gerichte in „reine Sachfragen“ der Verwaltung ausschalten, anderseits wünschte man den Schutz der Rechtsuchenden doch möglichst wirksam zu gestalten. Wie ließ sich dieses Postulat der Rechtspolitik positivrechtlich verwirklichen? Eine Lösung sah man in der Trennung der Rechts- von der Ermessensfrage. Die gerichtliche Kognition sollte sich nur auf die Frage der „Rechtmäßigkeit“ eines Verwaltungsaktes erstrecken, nicht aber auf die Frage seiner „Zweckmäßigkeit“ oder „Opportunität“, die als ins Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt das Recht nicht berührt. So blieb

ben die Verwaltungsgerichte im allgemeinen auf die Rechtskontrolle beschränkt.

Wie vermochten aber die Verwaltungsgerichte eine Rechtskontrolle auszuüben, als man sich noch nicht über die rechtlichen Kompetenzen der Polizei Klarheit verschafft hatte? Darüber begann ja damals erst eigentlich die Diskussion. Die Gerichte mußten sich also selbst den Weg bahnen. Grundlegende Bedeutung in dieser Frage erlangte die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes. Im Jahre 1882 bezeichnete es zum ersten Mal den in der Zwischenzeit etwas in Vergessenheit geratenen Paragraphen 10 des „Allgemeinen Preußischen Landrechts“ von 1794 als die allgemeine Polizeiermächtigung, an der, abgesehen von Spezialgesetzen, die Rechtmäßigkeit der Polizeiakte gemessen werden konnte¹. Dieser Ansicht folgte im wesentlichen die deutsche Verwaltungsrechtslehre. Sie erblickte im Paragraphen 10 ALR die rechtliche Grundlegung der Polizeikompetenzen: „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwehr der dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei.“ Wo ein solcher Artikel in einer Rechtsordnung nicht ausdrücklich statuiert war, schrieb man ihm bald gewohnheitsrechtliche Geltung zu.

Waren so in den großen Zügen die Aufgaben der Polizei bestimmt und die rechtliche Formel für eine Rechtskontrolle gegeben, so blieb, wie eingangs erwähnt, die Scheidung der Ermessens- von der Rechtsfrage noch problematisch. Was war ins freie Ermessen der Polizeibehörden gelegt und damit der Prüfung der Gerichte entzogen? Welches waren die rechtlichen Schranken des freien Ermessens, wo konnte demzufolge die Rechtskontrolle anheben? Die Vorschriften des positiven Rechts boten zur Klärung dieser Frage kaum Anhaltspunkte. Die Theorie war sich nicht einig. Die Gerichte aber waren gezwungen, auf diese Frage eine Antwort zu finden.

Der Zweck der Polizei wurde in den Vordergrund gestellt, und die Verwaltungsgerichte erblickten in der Zweckentfrem-

¹ Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt, S. 78.

² ALR Teil II, Titel 17, § 10.

dung und Zwecküberschreitung eine Verletzung der Grenzen des freien Ermessens und damit eine Verletzung des Rechts.

Eine polizeiliche Maßnahme also, die scheinbar den Vorschriften des positiven Rechts genügt, kann, vom Zweck der Polizei aus gesehen, das Recht dennoch verletzen, indem sie unter vorgeschobenen polizeilichen Motiven einem polizeifremden Zwecke dient. Denn dazu ist die Behörde vom Gesetzgeber nicht ermächtigt: sie verletzt ihre Kompetenzen. Eine solche Zweckentfremdung liegt beispielsweise vor bei einem wirtschaftspolitischen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit unter dem Vorwand der polizeilichen Gefahrenabwehr.

Eine Behörde verletzt aber ihre Kompetenzen nicht nur, wenn sie eine polizeiliche Maßnahme für einen fremden Zweck erläßt, sondern auch, wenn sie über den erlaubten Zweck hinausgeht, also mehr anordnet, als es der Zweck erheischt. Denn auch dazu ist sie vom Gesetzgeber nicht ermächtigt. Die Polizei darf z. B. die Abtragung eines baufälligen Hauses, das wegen Einsturzgefahr die öffentliche Sicherheit gefährdet, nicht veranlassen, wenn durch entsprechende Reparaturen die Gefahr gleichwohl gebannt werden könnte.

Berühmt in diesen Fragen sind die Entscheide des französischen Staatsrates als obersten Kassationsgerichtes in Verwaltungssachen, ebenso diejenigen des preußischen Oberverwaltungsgerichtes und nicht zuletzt auch die Rekurspraxis des schweizerischen Bundesgerichtes zu den verfassungsmäßigen Rechten der Bürger. Der französische Staatsrat kassierte Akte der Polizei „pour excès de pouvoir“, ohne je begrifflich genau festzulegen, was darunter zu verstehen ist, mit der stereotypen Formel: „L'agent ou fonctionnaire a usé de son pouvoir discrétionnaire dans un but et des motifs autres que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué³.“ Ebenso verfuhr das preußische Oberverwaltungsgericht, das aus dem Zweck der Polizei die Grenzen der Eingriffsbefugnis bestimmte und feststellte, „daß die zu treffenden Anstalten sich nur so weit erstrecken dürfen, als sie zum Zwecke haben, die vorhandene Gefahr zu beseiti-

³ Vgl. Pierre-Henri Teitgen, La police unicipale, Diss. Nancy 1934, S. 80 ff.

gen⁴.“ Und ganz ähnlich lauten die Entscheide des schweizerischen Bundesgerichtes in seiner Rekurspraxis zur Handels- und Gewerbefreiheit: „Polizeiliche Einschränkungen dürfen aber nicht über das hinaus gehen, was erforderlich ist, um den Zweck, durch den sie gedeckt sind, zu erreichen⁵.“

Von einer Rechtsverletzung wurde also einmal gesprochen, wenn ein Akt unter dem Deckmantel polizeilicher Motive in Tat und Wahrheit polizeifremden Absichten diene. Vor allem aber ist der andere Fall bedeutsam für diese Untersuchung: Ein Verstoß gegen den alten Grundsatz des Polizeirechts, der besagt, daß polizeiliche Maßnahmen nur so weit gehen dürfen, als es ihr Zweck erheischt, wurde ebenfalls als eine Verletzung des Rechts gebrandmarkt. In welchem Zusammenhang steht nun aber dieser Grundsatz mit der Verhältnismäßigkeitsmaxime? Mit dieser Frage haben sich die folgenden Ausführungen zu befassen.

3. Erstmals finden wir diesen Grundsatz des Polizeirechts, daß der Eingriff nicht über seinen Zweck hinausgehen darf, ausgesprochen in H. v. Bergs „Policeyrecht“ aus dem Jahre 1790: „Ihr erstes Gesetz ist also, die Policeygewalt darf nie weiter gehen, als ihr eigentümlicher Zweck erfordert.“ Und an anderer Stelle: „Die Policeygewalt darf die natürliche Freiheit der Untertanen einschränken, aber nur insofern, als ihr rechtmäßiger Zweck erfordert.“ Als klare Rechtsschranke des freien Ermessens erscheint der Grundsatz sodann bei F. F. Mayer in den „Grundsätzen des Verwaltungsrechts“ von 1862 (S. 461). Otto Mayer setzt ihn in seiner „Theorie des französischen Verwaltungsrechts“ von 1886 (S. 218) als selbstverständlich voraus. Praktische Bedeutung erlangte er aber erst in der Anwendung durch die Verwaltungsgerichte.

Nun ergab sich aber eine Schwierigkeit, und erst diese rief so recht eigentlich die Literatur auf den Plan. Im positiven Recht der meisten deutschen Länder war nämlich statuiert, daß der Verwaltungsrichter die Frage der „Notwendigkeit“ und

⁴ Sammlung Jebens und Meyeren, Bd. 9 Nr. 52, Bd. 10 Nr. 54.

Vgl. Drews, Preußisches Polizeirecht, S. 81.

⁵ BGE 73 I 10, 73 I 99, 70 I 3.

⁶ H. v. Berg, Handbuch des Policeyrechts, Buch II S. 88.

⁷ Ebenda S. 89.

„Zweckmäßigkeit“ einer Maßnahme nicht zum Gegenstande der richterlichen Entscheidung machen dürfe⁸. In diesen Begriffen war eben das freie Ermessen der Verwaltungsorgane umschrieben, das der richterlichen Kognition entzogen sein sollte. Wie ließ sich nun damit die Praxis der Gerichte vereinbaren? Denn prüften sie, ob eine Maßnahme noch durch den polizeilichen Zweck gedeckt sei, so hatte das offenbar zur Voraussetzung, daß sie auch die Frage der „Notwendigkeit“ und „Zweckmäßigkeit“ beurteilten. Darüber entstand die bekannte Kontroverse zwischen Rosin und Tezner, die auf lange Zeit die Literatur befruchtete⁹.

Rosin stellte sich auf den Standpunkt, daß nach geltendem Recht den Verwaltungsgerichten die Ueberprüfung der „Zweckmäßigkeit“ und „Notwendigkeit“ einer Maßnahme im Gegensatz zur Frage ihrer „Rechtsgültigkeit“ schlechthin verschlossen sei¹⁰. Die Unzweckmäßigkeit einer polizeilichen Verfügung scheine lediglich den Zielen und Zwecken der Gesamtverwaltung zu widersprechen, nicht aber dem Recht, und könne daher von einer Rechtskontrolle nicht erfaßt werden.

Tezner war der Ansicht, die Frage der „Notwendigkeit“ und „Zweckmäßigkeit“ eines Verwaltungsaktes könne sowohl Ermessens- als auch Rechtsfrage sein. Die Verwaltungsgerichte wären nur dort von einer Ueberprüfung der „Notwendigkeit“ und Zweckmäßigkeit“ ausgeschlossen, wo es sich um eine Ermessensfrage handle¹¹. Die Frage der „Notwendigkeit“ und „Zweckmäßigkeit“ einer Maßnahme erscheine dann nicht mehr als eine Frage des Ermessens, wenn nach dem Maß des Eingriffs gefragt werde; denn das Gesetz verpflichte den Einzelnen nur soweit zur Leistung, als es für die Erreichung eines bestimmten Zweckes geboten sei.

In diesem Sinne ist also die Ueberprüfung der Angemessenheit des Mittels für die Erreichung eines gesetzlichen Zweckes

⁸ Vgl. Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, S. 3 ff.

⁹ Walter Jellinek, a.a.O., S. 289.

¹⁰ Rosin, Polizeiverordnungsrecht in Preußen, S. 279 ff.

¹¹ Tezner, Freies Ermessen, 1888, S. 93, 96; weiter ausgeführt in «Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden» in «Wiener Staatswissenschaftliche Studien» 1924, S. 38.

eine Rechtsfrage. Bleibt aber da noch Raum für Ermessensfragen? Diese stellen sich erst als Fragen der Notwendigkeit im Sinne der Rätlichkeit oder Opportunität des Eingriffs. War das Vorgehen der Behörden vom Standpunkt einer guten Verwaltung aus gesehen notwendig und angemessen, hätte die Behörde nicht besser so oder anders eingegriffen? An einem Beispiel wird der Unterschied sichtbar: Die Polizei verbietet in Zeiten politischer Unruhen eine öffentliche Parteiversammlung, weil sie Ausschreitungen gegen die öffentliche Ordnung befürchtet. Einer Rechtskontrolle untersteht dann die Frage nach dem Ausmaß des Eingriffs. War ein gänzliches Verbot der Versammlung zur Abwehr der Gefahr nötig? Oder hätte die Versammlung unter sichernden Bedingungen doch erlaubt werden können? Eine ganz andere Frage ist es aber, ob die Polizei überhaupt klug daran tat, ihre gesetzlichen Mittel zur Geltung zu bringen, ob ein Einschreiten überhaupt geboten war oder ob eine einsichtige Polizei im höheren Interesse des Landes, z. B. aus politischen Rücksichten, der Sache nicht den Lauf gelassen hätte. In diesem Sinne ist die Frage der Notwendigkeit eine Ermessensfrage.

Im Zweifelsfalle ist nach Walter Jellinek freies Ermessen anzunehmen für Akte der freien Wertung, nicht aber für solche, für die die Wissenschaft, die Erfahrung oder die gesellschaftlichen Ansichten objektive Kriterien für eine Ueberprüfung an die Hand geben. Ermessensfragen sind also solche, die ihrer Natur nach, mangels objektiver Kriterien, eine Rechtskontrolle ausschließen. Ein Beispiel, das Jellinek anführt, soll dies veranschaulichen¹²: „Wenn bei einer Mauer die oberste Steinreihe lose ist und herunterzufallen droht, so mag es zweifelhaft sein, ob es überhaupt nötig ist, etwas zu veranlassen; dies ist eine Frage der Notwendigkeit im Sinne echten, freien Ermessens. Ist aber einmal das Vorgehen gegen den Eigentümer beschlossene Sache, so läßt sich eindeutig feststellen, ob eine Anordnung relativ notwendig ist (d. h. im Hinblick auf den als notwendig erkannten Zweck) oder das Maß des Notwendigen überschreitet. Verlangt die Polizei z. B. Niederreißung der ganzen Mauer, so ist es keine mehrdeutige Werterwägung, sondern eindeutige,

¹² a.a.O., S. 33.

wertfreie Erkenntnis, wenn man der Polizei entgegenhält, daß das Herunterfallen der Steine schon durch Entfernen der obersten Lage verhindert würde.“

Waren in der Folge Lehre und Praxis sich einig, daß ein Eingriff, der über seinen Zweck hinausgeht, das Recht verletzt, so zeigte sich in dieser Auseinandersetzung doch auch mit aller Deutlichkeit, daß es sich in der Frage der Notwendigkeit eines Mittels um sehr verschiedene Sachverhalte handeln kann. Es ist also für die Tragweite des Grundsatzes „polizeiliche Maßnahmen dürfen nur so weit gehen, als es ihr Zweck erheischt“ von entscheidender Bedeutung, wie die Frage der Notwendigkeit gefaßt wird. Darüber können auch die fast gleichen Formulierungen, wie sie die verschiedenen Autoren geben, nicht hinwegtäuschen. In Umschreibungen wie: „Polizeiliche Maßnahmen dürfen nur soweit gehen als notwendig“, „sie dürfen nicht über das Maß des Notwendigen hinausgehen“, „sie sind nur zulässig, als sie durch ihren Zweck gedeckt sind“ können ganz unterschiedliche Tatbestände visiert sein.

Einmal ist denkbar, daß der Grundsatz nur dann als verletzt gilt, wenn in einem mehr technischen Sinne eine Behörde in ihren Anordnungen über das Ziel hinausschießt; also in einem Falle, da Erfahrung und Wissenschaft in der Frage des nötigen Mittels ziemlich eindeutige Anhaltspunkte bieten. So geht die Polizei in ihren Anordnungen über das Maß des Notwendigen hinaus, wenn sie den Abbruch eines baufälligen Hauses veranlaßt, obwohl der drohenden Einsturzgefahr ebenso wirksam mit der Vornahme entsprechender Reparaturen begegnet werden könnte. Schon eine ganz andere Tragweite kommt dem Grundsatz zu, wenn er auf Tatbestände angewendet wird, in denen in der Frage des nötigen Mittels bereits ungewisse Faktoren abzuschätzen sind. Eine gewerbliche Tätigkeit birgt Gefahren für die öffentliche Sicherheit in sich. Kann sie die Polizei trotzdem gestatten, indem sie sichernde Bedingungen aufstellt und sich von deren Befolgung durch Kontrollgänge vergewissert? Oder soll sie gleich zum sichersten Mittel greifen und den Betrieb kurzweg verbieten? Welches Mittel ist hier „nötig“, welches nicht? Eine objektiv eindeutige Antwort scheint nicht möglich. Wis-

senschaft und Erfahrung bieten keine sichern Kriterien dafür, wie das Mittel zu bemessen ist. Hier wird die Ueberprüfung des notwendigen Mittels zur Wertung, und dies insbesondere dann, wenn der Richter die Frage der Notwendigkeit von einem subjektiven Standpunkt aus beurteilt. In diesem Zusammenhange stellt sich aber bereits die Frage nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Denn je nachdem wie die Frage der Notwendigkeit gefaßt wird, können Verhältnismäßigkeitserwägungen Platz greifen.

4. In der Auseinandersetzung über das Maß polizeilichen Eingreifens, die sich immer unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit einer polizeilichen Maßnahme abgespielt hatte, wird das Element der Verhältnismäßigkeit erstmals angetönt in F. F. Mayers „Grundsätzen des Verwaltungsrechts“ von 1862 (S. 461 f): „Denn es muß dies als die allgemeine rechtliche Forderung und als die Absicht des Gesetzes vorausgesetzt werden, daß die Zwecke und Mittel im allgemeinen zu einander in einem vernünftigen Verhältnis stehen.“ Erstaunlicherweise ist hier der Grundsatz viel klarer gefaßt als bei den meisten nachfolgenden Autoren. Wirklich Eingang in die deutsche Verwaltungsrechtslehre findet er aber erst durch Otto Mayers „Deutsches Verwaltungsrecht“ von 1895 (S. 267 ff), worin zur Bestimmung der Grenzen der Polizeigewalt ausgeführt wird: „Die naturrechtliche Grundlage (der Polizei) erfordert die Verhältnismäßigkeit der Abwehr und bestimmt damit das Maß der polizeilichen Kraftentwicklung.“

Doch dieses neue Element ändert am alten Grundsatz wenig. War dort das Kriterium die „Notwendigkeit“, nach der sich das Maß polizeilichen Eingreifens bestimmen sollte, so bleibt es auch fernerhin dabei; was sich ändert, ist nur der Name: Fortan geht beides unter der Bezeichnung „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“. Wenn Otto Mayer noch feststellte, daß die polizeiliche Abwehr verhältnismäßig sein müsse, und daraus die Folgerung zieht, der Eingriff dürfe daher nicht über das Maß des Notwendigen hinausgehen, so werden später nur zu oft Grundsatz und Folge identifiziert. Bereits die Umschreibung, die Wolzendorff dem Grundsatz gibt, legt diese Vermutung nahe: „Maßgebend für die Grenzen der Polizeigewalt ist hier jener oberste,

aus dem Wesen der Polizei abgeleitete Satz des Polizeirechts, den wir mit Otto Mayer als den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bezeichnen. Die Polizei darf mit den einzelnen auferlegten Beschränkungen nicht weitergehen, als diejenigen Zwecke, zu deren Verfolgung das Gesetz sie ermächtigt hat, es erfordern¹³.“

In diesem einen Grundsatz wurden also zwei formal verschiedene Kriterien verquickt: Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit; und zwar Kriterien, die unter Umständen zueinander in Gegensatz treten. Denn kann nicht ein Eingriff als notwendig erachtet werden und dabei doch ganz unverhältnismäßig sein? Andererseits ist aber zu beachten, daß damit nicht unbedingt auch ein materieller Gegensatz behauptet wird. Zunächst wird herauszustellen sein, was unter dem Begriff der „Notwendigkeit“ einer Maßnahme verstanden wird. Es wird dann weiterer Klärung bedürfen, wie weit etwa die Notwendigkeit im Sinne einer „verhältnismäßigen“ Notwendigkeit gedacht ist.

Mit Fleiners „Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts“ von 1911 wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dann Allgemeingut der verwaltungsrechtlichen Literatur. In unzähligen Lehrbüchern und Monographien wurde er übernommen als Kriterium zur Bestimmung der Grenzen polizeilicher Eingriffsbefugnis.

Doch auch Fleiners Formulierung trägt in keiner Weise zu einer bessern Klarstellung des Grundsatzes bei. Ja sie erhöht noch in anderer Beziehung die Ungenauigkeit, die dem deutschen Wort „verhältnismäßig“ schon von Haus aus anhaftet. „Der polizeiliche Eingriff muß den Verhältnissen angemessen, er muß verhältnismäßig sein¹⁴.“ Ist mit „den Verhältnissen angemessen“ und „verhältnismäßig“ das Gleiche gemeint? Auch dieser Zwiespalt ist dem Grundsatz nicht erspart geblieben; denn man hat im Grundsatz auch ein Prinzip der „Anpassung an die Verhältnisse“ gesehen. Geht der Grundsatz in diesem Sinne auf? Oder ist das nicht vielmehr nur eine Folge, eine Auswirkung des Grundsatzes, nicht aber sein Inhalt?

¹³ Verwaltungs-Archiv Jahrgang 1910, Bd. 18, S. 410. Vgl. Archiv für öffentliches Recht 1909, Bd. 24, S. 389.

¹⁴ Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1. Auflage 1911, S. 376.

Nur wie fast am Rande vermerkt, wird in Literatur und Praxis der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dahin umschrieben, daß in der Wahl von Mittel und Zweck ein „entsprechendes“, „vernünftiges“, „richtiges“ oder „gerechtes“ Verhältnis gewahrt sein soll¹⁵. Also das Verhältnis, die Beziehung von Mittel und Zweck soll nach einem richtigen Maß abgestimmt sein. Und scheint nicht gerade darin der eigentliche Sinn des Grundsatzes zu liegen? Das Verhältnis von Mittel und Zweck soll sich von einem dritten Gesichtspunkt aus beurteilen. Warum konnte sich aber der Grundsatz in dieser Form kaum durchsetzen? Das Wort „Verhältnismäßigkeit“ gab wohl den neuen Namen, es blieb aber bei der alten Problemstellung: Der polizeiliche Eingriff darf nur so weit gehen, als es notwendig ist, als er noch durch seinen Zweck gedeckt ist. In dieser Tatsache liegt aber auch die Erklärung dafür, daß kaum Versuche unternommen wurden, den Begriff der Verhältnismäßigkeit zu klären und eine vom konkreten Inhalt losgelöste Struktur des Grundsatzes aufzuzeigen.

Und wenn auch formal vom Gedanken der Verhältnismäßigkeit ausgegangen wurde, welches war dann das Maß, nach welchem das Verhältnis von Mittel und Zweck beurteilt wurde? Mit dem Hinweis auf ein „vernünftiges“, „richtiges“ oder „gerechtes“ Verhältnis ist in dieser Frage noch wenig gelöst. Und doch ist der Maßstab im Grundsatz das Entscheidende. Das gibt ihm erst den Inhalt. Ohne dieses Maß, ohne eine bestimmte Beziehungsgrundlage, hängt der Grundsatz in der Luft. Er wird zu einem Allerweltsprinzip der Gerechtigkeit, Billigkeit oder Staatsraison und verliert damit jeden juristischen Wert. Damit ist die Frage aufgeworfen: Was läßt sich überhaupt allgemeingültig über den Grundsatz aussagen? Offenbar läßt sich nur seine Form oder Struktur in diesem Sinne aufzeigen. Sein Inhalt wird sich aus dem Zusammenhang einer konkreten Rechtsordnung und der entsprechenden Rechtsanwendung ergeben.

5. In der schweizerischen Rechtsprechung fand am Ende des vorigen Jahrhunderts der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit — auch in der Frage der Notwendigkeit einer Maßnahme — durch die Rekurspraxis des Bundesrates zur Handels- und Ge-

¹⁵ Vgl. § 1 II.

werbefreiheit Eingang und wurde seit 1911 vom Bundesgericht in konstanter Praxis gefestigt¹⁶.

Ausdrücklich spricht aber erst Ludwig Frank 1919 von einem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und führt ihn gegen die vielen Polizeimonopole ins Feld, die er als unverhältnismäßige Eingriffe in die Handels- und Gewerbefreiheit erachtet: „Dieser polizeiliche Zweck muß ferner auf demjenigen Wege verfolgt werden, auf welchem er unter der geringstmöglichen Beschränkung der Gewerbefreiheit erreicht werden kann. Und endlich muß der angestrebte Zweck seiner Bedeutung nach überhaupt in einem vernünftigen Verhältnis zu der zu seiner Erreichung erforderlichen Beschränkung der Gewerbefreiheit stehen¹⁷.“

Aber auch in der schweizerischen Praxis und Lehre verquickten sich im Grundsatz beide Gesichtspunkte: Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit. Das Bundesgericht spricht wiederholt von einem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁸, behält aber im übrigen die alte Formulierung bei: „Der polizeiliche Eingriff darf nur soweit gehen, als er durch den Zweck gedeckt ist.“ Doch besteht auch hier formal ein Gegensatz zwischen beiden Begriffen, materiell werden sie sich weitgehend decken. Denn was notwendig, was verhältnismäßig ist, beurteilt das Bundesgericht auf Grund einer freiheitlichen Auffassung. Die Freiheitsrechte bilden die Beziehungsgrundlage, das Drittmaß im Grundsatz. Schon Fleiner weist darauf hin¹⁹. Vor allem aber betont dies Ruck: „Diese Verpflichtung (polizeiliche) darf entsprechend dem verfassungsrechtlichen Rang der bürgerlichen Freiheiten nicht weiter gehen als zur Erreichung des polizeilichen Zweckes erforderlich ist. Die Polizei hat diejenigen Wege und Mittel zu wählen, die unter möglichst geringer Beschneidung der Freiheitsrechte zum Ziele führen und die in einem zweckentsprechenden Verhältnis zum erstrebten Erfolge stehen²⁰.“ Das verschwommene „Vernunftsprinzip“ wird zu einem Prinzip mit festem Maß: Die Freiheit des Individuums.

¹⁶ Vgl. 3. Teil.

¹⁷ „Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung“. Diss. Zürich 1919, S. 33.

¹⁸ z. B. BGE 73 I 219, 70 I 3, 65 I 72.

¹⁹ „Schweizerisches Bundesstaatsrecht“ 1923, S. 321.

²⁰ Ruck, Schweizerisches Verwaltungs-Recht, Band 1, S. 42.

Wenn aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit schon auf den Boden der Freiheitsrechte gestellt wird, kann er dann eine Maxime nur des Polizeirechts bleiben? Das schweizerische Bundesgericht bringt ihn zwar nur im Gebiete des Polizeirechts ausdrücklich zur Geltung²¹. Sollten aber nicht in Anbetracht des verfassungs- und wertmäßigen Ranges der Freiheitsrechte alle staatlichen Eingriffe in die Privatsphäre nach diesem Grundsatz ausgerichtet sein?

Nachdrücklich weisen Marti und Giacometti auf eine Bedeutung des Grundsatzes hin, die weit über das Polizeirecht hinausweist. So erblicken sie im Grundsatz auch eine Rechtsschranke für das bundesrätliche Ermessen auf Grund der außerordentlichen Vollmachten während des Krieges²². Nach Marti ist auch der Bundesgesetzgeber an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, wenn er auf Grund der neuen Wirtschaftsartikel in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit legifiziert²³.

Und damit ist als letztes die Frage nach der Rechtsgeltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gestellt. Gilt er nur im Polizeirecht, kann er höchstens als ein „verwaltungsrechtliches“ Prinzip angesprochen werden, oder hat er die Bedeutung eines viel allgemeineren Rechtsgrundsatzes?

²¹ Giacometti, Gutachten vom 5. Sept. 1949 über die Auslegung des Art. 17 AHVG.

²² Marti, Der Vollmachtenbeschluß von 1939, S. 16. Giacometti, Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, S. 18, 32.

²³ Marti, Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, S. 158 ff. 177.

II

In dieser kurzen Dogmengeschichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind auch bereits die Probleme umgrenzt, die in dieser Arbeit erörtert werden sollen. Die Fragen, die sich aufdrängten, haben zugleich den Gang der Untersuchung bestimmt. Der erste Teil der Arbeit ist der Begriffsbestimmung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gewidmet. Dabei wird vorab ein Trennungsstrich zu ziehen sein zwischen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ähnlichen Maximen. Nur auf diesem Weg kann man zum eigentlichen Begriffsmerkmal der Verhältnismäßigkeit gelangen.

An diese Ergebnisse wird im zweiten Teil angeknüpft, indem eine Grundlegung des Grundsatzes versucht wird. Zunächst wird dort das Augenmerk darauf zu richten sein, welche Bedeutung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rein formal zukommt als einer Formel für die Rechtsauslegung. Dann ist der Inhalt des Grundsatzes, wie er im rechtsstaatlichen Prinzip erscheint, näher zu bestimmen und daran anschließend die Frage der rechtlichen Geltung des Grundsatzes im Rechtsstaat allgemein und im Hinblick auf die schweizerische Rechtsordnung im besonderen zu untersuchen. Wird dabei nur die Struktur und ein abstrakter Inhalt des Grundsatzes dargestellt, so soll im dritten Teil am Beispiel der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes gezeigt werden, was beim konkreten Tatbestand für die Frage der Verhältnismäßigkeit bedeutsam ist.

Erster Teil

Der Begriff des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

§ 1. Das Verbot des Uebermasses und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Die Verwaltungsgerichte, die die polizeilichen Eingriffe in die Freiheit der Bürger auf ihr rechtlich zulässiges Maß zu überprüfen hatten, gingen von zwei Kriterien aus: Einerseits untersuchten sie die polizeiliche Maßnahme unter dem Gesichtspunkt ihrer „Notwendigkeit“, anderseits unter demjenigen ihrer „Verhältnismäßigkeit“. Und beide Kriterien blieben im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verwischt. Es sind also beide Elemente einer Untersuchung zu unterziehen, um vorerst negativ festzustellen, was der Grundsatz nicht besagt.

I. Das Verbot des Uebermaßes

1. Soweit vom Kriterium der „Notwendigkeit“ ausgegangen wird, versteht man den Grundsatz dahin, daß die Polizei in ihren Eingriffen nicht weiter gehen darf, als der Zweck ihrer Anordnung dies erheischt. Walter Jellinek spricht in diesem Sinne von einem „Verbot des Uebermaßes“¹. Dieser Begriff, der sich zwar im Verwaltungsrecht nicht eingebürgert hat, scheint am treffendsten das zu umspannen, was die verschiedenen Autoren in den verschiedensten Formulierungen im Sinne des Grundsatzes

¹ Daß aber W. Jellinek damit dasselbe meint, was allgemein unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begriffen wird, geht klar aus seinen Hinweisen auf andere Autoren hervor. So z. B. «Der Ungültigkeitsgrund (des Uebermaßes) findet sich wieder bei Otto Mayer, Deutsches Ver.R., Bd. I, S. 267 ff., unter dem Namen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», a.a.O., S. 290.

der Verhältnismäßigkeit als Rechtsschranke des polizeilichen Ermessens postulieren: die Polizei hat nur die „nötigen Anstalten“ vorzukehren, ihr Eingriff darf nicht „über das Maß des Notwendigen“, nicht „über das erforderliche Maß“, nicht „über das Maß zweckdienlicher Einschränkung“ hinausgehen². Polizeiliche Einschränkungen dürfen aber nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um den Zweck, durch den sie gedeckt sind, zu erreichen“ (vgl. BGE im 3. Teil).

Mögen auch diese Formulierungen sich mehr oder weniger decken, so ist damit keineswegs gesagt, daß sie gleich aufgefaßt werden und der Grundsatz gemeinhin in gleicher Weise zur Anwendung gelangt. Denn, wie eingangs erwähnt, ist die Frage nach der „Notwendigkeit“ eines Mittels sehr komplex. Dabei ist es gerade das Entscheidende im Grundsatz, auf welche Art der „Notwendigkeit“ er bezogen wird. Konkret gesagt, es kommt sehr darauf an, wie weit nach diesem Grundsatz der Richter die Frage des nötigen Mittels als seiner Kognition unterstellt betrachtet.

Beim baufälligen Haus, das einzustürzen droht und daher eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt, hieß die Frage nach dem nötigen Mittel: ausbessern oder niederreißen. In diesem oder einem ähnlich gelagerten Fall wird es in der Regel ein Leichtes sein, aus Wissenschaft und Erfahrung die entsprechende Antwort zu finden. Es ist mehr eine technische Frage. Schon komplizierter liegt der folgende Tatbestand: Eine Firma vertreibt im Straßenverkauf Lebensmittel, fertig verpackt, zu gebrochenen Gewichten. Preisschwankungen werden durch Gewichtsveränderungen ausgeglichen. Es bestehen Befürchtungen hygienischer Natur und daß das Publikum bezüglich Qualität und Gewicht der Ware getäuscht werden könnte. Genügt die rein theoretische Gefahr für einen präventiven Eingriff, oder soll die Polizei erst einschreiten, wenn sie Unzukömmlichkeiten festgestellt hat? Und wenn diese Frage bejaht wird, wie soll sie vorgehen? Soll sie bestimmte Verkaufsvorschriften über die Art der Verpackung, über die Gewichtsangabe aufstel-

² Otto Mayer, Deutsches Verw.R. Bd. I, S. 231 f. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verw.R., S. 304. Fried. Giese, Deutsches Verw.R., S. 173. Walter Burckhardt, Kommentar der schweiz. Bundesverfassung, S. 238.

len, oder soll sie gewisse Artikel überhaupt vom Straßenhandel ausschließen? In diesem Falle sind schon gewisse Unbekannte abzuschätzen, und wenn man hier ein Mittel als „nötig“ oder „unnötig“ bezeichnet und in diesem Sinne den Grundsatz verwirklicht, so gewinnt er damit schon eine ganz andere Bedeutung. Man kann aber noch weiter gehen und sich ganz grundsätzlich fragen: Legt diese oder jene Gefahr ein Eingreifen überhaupt nahe? Oder soll nicht aus andern Rücksichten gerade diese Gefahr in Kauf genommen werden? Die Frage des „nötigen Mittels“ wird dann nicht mehr allein im Hinblick auf einen isolierten Zweck gesehen, sondern es werden noch ganz andere Faktoren in Betracht gezogen. Und damit wird die Frage nach dem nötigen Mittel auf eine ganz andere Ebene gestellt.

2. Im allgemeinen hat die Lehre hier nicht differenziert. Nur aus der Gerichtspraxis kann man ersehen, welche Bedeutung in Wirklichkeit dem Grundsatz zukommt. Bei einzelnen Autoren finden sich aber doch Anhaltspunkte, die in zwei Richtungen weisen. Der Grundsatz gilt nur dann als verletzt, wenn die Polizei zu einem bestimmten Zweck ein schlechterdings unnötiges Mittel wählt oder — was dem Grundsatz eine ganz andere Bedeutung verleiht — wenn sich das Mittel von einem ganz bestimmten Gesichtspunkt aus als unnötig erweist.

a) Das Verbot des schlechterdings Unnötigen

In erster Linie wird unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit das Verbot des Uebermaßes im Sinne des schlechterdings Unnötigen verstanden. Schlechterdings unnötig ist ein Eingriff, der allein vom Zweck aus gesehen, eindeutig über diesen hinausgeht, also unter jedem irgendwie vernünftigen Gesichtspunkt übers Ziel hinaus schießt. „Ein Polizeibefehl ist ungültig wegen Uebermaßes, wenn er mehr verlangt als Herbeiführung eines polizeimäßigen Zustandes³.“ „Die Polizei darf nur soweit eingreifen als die Polizeiwidrigkeit reicht, mit der Störung darf nicht zugleich auch das Zulässige unterdrückt werden, das hieße das Unkraut mit dem Weizen ausraufen. Wo eine Aus-

³ Jellinek, a.a.O., S. 289.

scheidung möglich ist, muß sie gemacht werden. Wo die Herstellung des polizeimäßigen Zustandes durch gelindere Mittel ausreichend gesichert scheinen muß, ist die gelindere Maßregel allein zulässig^{4 5}.“ Ist z. B. nur die Art und Weise der Gewerbeausübung mit Gefahren für die öffentliche Sicherheit verbunden, so darf die Polizei nur gerade gegen diese bestimmten Gefahren auftreten, den Betrieb als solchen zu verbieten wäre Uebermaß.

Als besonders bedeutsam hat sich die Regel entwickelt, daß dem Polizeipflichtigen die Wahl der Mittel zu überlassen ist. Die Polizei hat nur den polizeiwidrigen Zustand zu bezeichnen; wie er zu beheben ist, ist dem Pflichtigen zu überlassen. Gilt zum Beispiel ein Scheunentor, das sich gegen die Straße öffnet, als polizeiwidrig, so darf die Polizei nicht vorschreiben, es sei so abzuändern, daß es sich nach innen öffne. Es ist dem Pflichtigen zu überlassen, ob er Schiebtüren anbringen oder eine noch genialere Lösung suchen will, die mit dem Gesetz nicht mehr in Konflikt steht. Ein Befehl zu einem bestimmten Mittel wäre unnötig im Hinblick auf den Polizeizweck und daher Uebermaß^{6 7}.

b) Das Verbot des relativ Unnötigen

Meist aber wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit weiter gefaßt und als Verbot des Uebermaßes im Sinne des relativ Unnötigen verstanden. Darnach erscheint als „unnötig“ nicht nur ein Mittel, das isoliert von seinem Zweck her betrachtet schlechthin über diesen hinausgeht, sondern auch ein solches, das von einem ganz bestimmten Blickpunkt aus als zu weitgehend erachtet wird. Die Frage der Notwendigkeit des Mittels wird also nicht nur im Hinblick auf den Zweck beurteilt, sondern noch von andern Faktoren abhängig gemacht. Sie wird zur Wertung. In diesem Sinne ist die Frage nach dem „nötigen Mittel“ relativ, je nach dem Wertmaß, das in die Fragestellung einbezogen ist. So können z. B. auf Grund einer totalitären Haltung

⁴ Otto Mayer, a.a.O., S. 331 ff.

⁵ Jellinek, a.a.O., passim. Richard Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Recht, S. 465. Walter Burckhardt, a.a.O., S. 238. Nebinger, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 72. Giese, a.a.O., S. 173.

⁶ Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 423.

⁷ Vgl. 3. Teil § 7 III. 2.

die „Kuren des Doktor Eisenbart“ als „nötig“, als vom Zweck gerechtfertigt betrachtet werden, was eine freiheitliche Auffassung als krassestes Uebermaß ablehnen würde.

Vorab ist die Frage der „Notwendigkeit“ von einem freiheitlichen Gesichtspunkt aus beurteilt worden. In der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes⁸ und des schweizerischen Bundesgerichtes⁹ wird das nötige Mittel zum Minimalmittel, zum Mindestmaß. In der Literatur setzen auch einzelne Autoren die Akzente klar: Nur das „unbedingt“, das „absolut Erforderliche“ darf von der Polizei vorgekehrt werden. „Die Polizei hat diejenigen Wege und Mittel zu wählen, die unter möglichst geringer Beschränkung der Freiheitsrechte zum Ziele führen. Die Polizei muß die liberale Lösung anstreben, sie soll sich mit dem unerläßlichen Minimum, mit dem Mindestmaß begnügen. Es darf nicht überspannt befohlen und angeordnet werden. Das schärfste Mittel soll stets die ultima ratio bleiben¹⁰“. Wird aber die Frage nach dem nötigen Mittel aus einem bestimmten Blickfeld gestellt, dann wird sie zur Wertung, und damit erhält das Verbot des Uebermaßes eine ganz andere Tragweite.

Wenn z. B. in einem zoologischen Garten die mangelhafte Pflege und Fütterung der Tiere zu öffentlichem Aergernis Anlaß gibt, so ist es eine Frage der Wertung, wie schnell die Polizei dieses Aergernis aus der Welt schaffen soll. Hat die Polizei erst Warnungen zu erlassen, Kontrollgänge zu unternehmen, oder kann sie ohne weiteres die Schließung des Zoos anordnen¹¹? Ein anderes Beispiel: Ein „Herborist“ macht sich strafbar wegen illegaler Medizinausübung. Ist er deswegen erst zu verwarnen, oder kann ihm gleich das Patent für immer oder nur auf bestimmte Zeit entzogen werden¹²?

⁸ Drews, Preußisches Polizeirecht, S. 82.

⁹ Vgl. 3. Teil.

¹⁰ Fleiner, Institutionen, S. 404 f. Ruck, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 42. Nef, Rechtsgutachten zur Revision des Medizinalgesetzes des Kantons Zürich, 30.1.49, S. 10. Voigt, Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, S. 86. Drews, Preußisches Polizeirecht, S. 63, Anm. 59.

¹¹ Vgl. § 7, III, 1; BGE 67 I 79.

¹² Vgl. § 7, I, 3; BGE 71 I 87.

3. Zusammenfassend kann also festgehalten werden: Dem Verbot des Uebermaßes, in dem sich nach der herrschenden Meinung praktisch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erschöpft, liegt die Frage der Notwendigkeit als Kriterium für das Maß des erlaubten polizeilichen Eingriffs zugrunde. Denn es wird gefragt, ob eine Maßnahme notwendig sei oder nicht. Und danach beurteilt sich, ob Uebermaß vorliegt oder nicht.

Der Begriff des Uebermaßes ist sehr weit gespannt. In der Frage der Notwendigkeit eines Mittels für einen bestimmten Zweck sind Abstufungen, Grade der Notwendigkeit möglich, und damit auch Grade des Uebermaßes. Dieses reicht vom Verbot des schlechterdings Unnötigen, das unter jedem irgendwie vernünftigen Gesichtspunkt über seinen Zweck hinausgeht, bis zum Verbot des relativ Unnötigen, das nur in einem bestimmten Blickfeld sich noch als Uebermaß darstellt. Die Lehre differenziert hier kaum, alles und jedes segelt unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird in der Hauptsache im Sinne des Uebermaßverbotes gehandhabt, also ohne daß formal von Verhältnismäßigkeitserwägungen ausgegangen wird. Wie weit aber in der Problemstellung der „Notwendigkeit“ einer Maßnahme der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dennoch verwirklicht wurde, ist später aufzuzeigen.

4. In diesem Zusammenhang kann man sich auch fragen, warum in Literatur und Praxis von einem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Rede ist, wenn doch von einer andern Problemstellung ausgegangen wird. Dafür gibt es einen ganz einleuchtenden Grund: Wenn der Verwaltungsrichter eine Polizeimaßnahme als „unnötig“ kassiert, dann hat er sichtlich das Gesetz, das sein Vorgehen rechtfertigt, hinter sich. Denn gemäß der allgemeinen Polizeiermächtigung ist es der Polizei nur erlaubt, die „nötigen“ Anstalten für die öffentliche Sicherheit zu treffen. Geht sie darüber hinaus, dann verletzt sie offensichtlich ihre Kompetenzen und damit das Recht. Somit können solche Akte von einer Rechtskontrolle erfaßt werden.

Wie weit dann der Verwaltungsrichter die Frage der „Not-

wendigkeit“ der Maßnahme prüft, ob er wertet oder nicht, wird in dieser Fragestellung viel weniger offenbar. Der Richter scheint vom Gesetz eher gedeckt, wenn er eine Polizeiverfügung als „unnötig“, denn als „unverhältnismäßig“ kassiert.

II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

1. Wesentliches wäre außer acht geblieben und ein ganz unzulängliches Bild von der Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Polizeirecht entstanden, wäre nicht auch das Verbot des Uebermaßes zur Sprache gekommen. Denn nur in der Problemstellung der „Notwendigkeit“ einer Maßnahme, als Verbot des Uebermaßes, haben praktische Verhältnismäßigkeitserwägungen im Polizeirecht Eingang gefunden.

Damit fällt auch Licht auf die Tatsache, daß über die Verhältnismäßigkeit als solche im Polizeirecht keine nennenswerte Auseinandersetzung stattgefunden hat. Die scharfen Umrisse fehlen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein recht verschwommenes Prinzip geblieben, dem Form und Inhalt zu geben der Praxis überlassen war.

Denn auch dort, wo wirklich vom Kriterium der „Verhältnismäßigkeit“ ausgegangen wird, bleibt es meist bei knappen Andeutungen, die an sich noch wenig sagen, wie: „Der polizeiliche Eingriff muß verhältnismäßig sein, die Verhältnismäßigkeit der polizeilichen Abwehr, das Prinzip der Proportionalität soll gewahrt bleiben. Maßlosigkeit im Verhältnis von Mittel und Zweck ist verpönt, zwischen Mittel und Zweck soll kein Mißverhältnis, keine Disproportion bestehen¹³.“ Und damit hat es gewöhnlich auch sein Bewenden.

¹³ Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, S. 248, 304, 306. Julius Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, S. 131. Nef, a.a.O., S. 10. Ruck, a.a.O., S. 42. Marti, a.a.O., S. 84 f., 106 f., 158, 177, 230. Otto Koellreuter, a.a.O., S. 73, 105, 121, 129. Ludwig Frank, Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung, S. 33. Rudolf Herrmann Herrnritt, Grundlehren des Verwaltungsrechts, S. 336. Hermann Mangoldt, Rechtsstaatsgedanke, S. 70 f., 177 f. Marcel Bridel, Sur les limites des libertés individuelles, in der Festgabe «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, 1948, S. 111.

2. In der Auffassung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit scheinen sich aber auch wieder zwei Richtungen abzuheben. In der einen geht die Auffassung, die im Grundsatz nichts anderes sieht, als daß das Mittel auf den Zweck ausgerichtet sein soll. In der andern geht jene, die die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck im Sinne „eines bestimmten Verhältnisses“ beider versteht. Die Uebergänge sind aber durchaus fließend, und es wäre falsch, wollte man die einzelnen Autoren bei der einen oder andern Auffassung behaften und sich auf diese Unterscheidung versteifen. Sie soll nur einer Begriffserklärung dienen.

a) Einfache Zweckentsprechung

Entsprechend der einen Auffassung geht also die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mehr dahin, daß er die Ausrichtung des Mittels auf den Zweck fordert. Das Mittel soll richtig auf seinen Zweck zugeschnitten sein. Und zwar in dem Sinne, daß dieser Zuschnitt allein aus der Perspektive des Zweckes gesehen wird. So ist wohl der folgende Passus zu verstehen: „Der polizeiliche Eingriff muß der Gefahr und dem drohenden Schaden entsprechend vorgenommen werden, sich der Stärke und dem Umfang der zu bekämpfenden Störung anpassen, er muß verhältnismäßig sein¹⁴.“ Was heißt das anderes, als daß das Mittel vom Standpunkt des Zweckes aus richtig gewählt werden soll?

Diese Forderung der Zweckentsprechung des Mittels kann sich dahin verdeutlichen, daß im Grundsatz vorab ein Prinzip der „Anpassung an die Verhältnisse“, an die konkrete Sachlage, erblickt wird, wie das in der folgenden Umschreibung zum Ausdruck kommt: „Die Polizei verfügt zur Erreichung des Polizeizweckes über die verschiedenartigsten Mittel, die der jeweiligen konkreten Sachlage angepaßt werden müssen. Es ist ohne weiteres einleuchtend, daß zum Beispiel die geheime Staatspolizei sich anderer Mittel bedienen muß als die Gewerbepolizei oder ein sonstiger Zweig polizeilicher Verwaltung. Für alle Zweige

¹⁴ Giese, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 173.

der Polizei gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel^{15 16}.“

Der einen Variante: „Richtiger Zuschnitt des Mittels auf seinen Zweck“, wie der andern: „Anpassung des Mittels an die konkrete Sachlage“, liegt die gleiche Forderung zugrunde: Nichts zu wenig, nichts zu viel, das Mittel muß ins Schwarze treffen. Es wird, abstrakt oder konkret, das dem Zweck adäquate Mittel gefordert. Dieser Gesichtspunkt des adäquaten Mittels scheint umfassender, reduziert sich aber bei näherem Zusehen auf das Verbot des Uebermaßes. Wie dort ist für die Auswahl des Mittels auch hier das Kriterium der „Notwendigkeit“ maßgebend. Das „nötige“ Mittel ist eben auch das adäquate. Vielleicht kommt in den Worten „Anpassung an die Verhältnisse“ die Forderung auf möglichste Differenzierung der Mittel nachhaltiger zum Ausdruck als im abstrakten Begriff des Uebermaßverbotes. Doch diese Forderung ist in beiden enthalten; denn undifferenzierte Mittel sind Uebermaß.

In diesem Sinne wären z. B. fabrikkpolizeiliche Vorschriften dann als verhältnismäßig anzusprechen, wenn sie in technischer und hygienischer Hinsicht optimal auf den Gefahrenherd abgestimmt sind; Vorschriften, die in Anbetracht der konkreten Sachlage — und nur aus diesem Gesichtspunkt heraus — weder zu viel, noch zu wenig anordnen und sich für den Schutz des Arbeiters als die besten erweisen.

b) Bestimmte Art der Zweckentsprechung

In die andere Richtung geht jene Auffassung vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wonach zwischen Mittel und Zweck ein „gewisses, angemessenes, richtiges oder gerechtes Verhältnis“ bestehen soll. Oder in negativer Umschreibung: Der Grund-

¹⁵ Koellreuter, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 129.

¹⁶ Vgl. auch Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 404. «Der polizeiliche Eingriff muß den Verhältnissen angemessen, er muß verhältnismäßig sein.»

Bietenholz, Gewerbeschutz im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, S. 27. «Festzustellen ist: Der Bundesrat fordert nicht eine starre Begrenzung der Polizeigewalt . . . , sondern eine elastische, den tatsächlichen Verhältnissen Rechnung tragende Lösung. Sie entspricht im wesentlichen . . . dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.»

satz der Verhältnismäßigkeit scheint verletzt, wenn Mittel und Zweck in „keinem Verhältnis“ stehen, oder wenn zwischen Mittel und Zweck ein „krasses oder offenes Mißverhältnis“ herrscht¹⁷.

Im Vergleich zu dem unter lit. a) Gesagten ist damit die Betrachtungsweise gründlich verschoben. Es geht hier nicht nur um die Wahl des richtigen Mittels im Hinblick auf seinen Zweck. Zum Erfordernis der Zweckentsprechung kommt ein entscheidendes anderes Element. Die Zweckentsprechung muß so oder anders geartet sein. Zweck und Mittel müssen in einem bestimmten Verhältnis stehen. Der Zweck ist also für die Wahl des Mittels nicht mehr allein maßgebend. Sie beurteilt sich nicht nur aus der Relation Mittel — Zweck, es werden noch andere Maße angerufen. Also nicht jedes Mittel, das vom Zweck aus gesehen richtig auf ihn zugeschnitten ist, ist deshalb schon verhältnismäßig. Das notwendige Mittel ist nicht ipso facto auch verhältnismäßig.

Ein Gesetz zur Bekämpfung ansteckender Krankheiten zum Beispiel kann für die Bevölkerung eine ärztliche Kontrolle vorsehen. Unter Umständen erweist sich ein allgemeiner Untersuchungszwang als allein wirksam und damit als das schlechthin nötige Mittel, will man der Gefahr überhaupt Herr werden. Somit entspricht das Mittel seinem Zweck. Und doch ist vielleicht im Hinblick auf andere Güter des Menschen, namentlich im Hinblick auf seine persönliche Freiheit, dieses Mittel als unverhältnismäßiger Eingriff abzulehnen.

III. Der Gegensatz zwischen dem Verbot des Uebermaßes und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Zieht man aus den vorliegenden Betrachtungen den Schluß, dann ist bereits ein möglicher Gegensatz angedeutet. Was als eine Einheit aufgefaßt wird, kann im entscheidenden Punkt zueinander in Widerspruch treten. Faßt man den Grundsatz der

¹⁷ Fleiner/Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht, S. 304. Ruck, a.a.O., S. 42. Nef, a.a.O., S. 10. Mangoldt, a.a.O., S. 70 ff., 177 ff. Marti, a.a.O., S. 84, 106 f. Hatschek, a.a.O., S. 131. Bridel, a.a.O., S. 111. Frank, a.a.O., S. 33.

Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, daß er zwischen Mittel und Zweck ein „bestimmtes“ Verhältnis statuiert, dann besagt er etwas anderes als das Verbot des Uebermaßes. Durch die „Notwendigkeit“ ist dann das Mittel noch nicht legitimiert, es kommt noch hinzu das „richtige“, „gerechte“ Verhältnis zum Zweck. Also gerade dort, wo es darauf ankommt, fehlen die klaren Linien. Darum ist im folgenden erste Aufgabe, das eigentliche Begriffsmerkmal der Verhältnismäßigkeit herauszustellen.

§ 2. Die Form des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit

I. Verhältnismäßigkeit: eine Dreiecksbeziehung

„Verhältnismäßigkeit“, ein Wort, das dem Juristen geläufig ist, erscheint in den Wörterbüchern lediglich als Verdeutschung von „Proportionalität“, nie aber als selbständiger Begriff¹. Würde die Tatsache, daß „Verhältnismäßigkeit“ nur die deutsche Version von „Proportionalität“ bedeutet, nicht oft ganz außer acht gelassen, dann bestünde auch nicht Gefahr, daß dieser Begriff im Deutschen alle Konturen verliert. Denn hält man sich nur an das deutsche Wort, dann ist dies nicht erstaunlich, da dem Eigenschaftswort „verhältnismäßig“, das im Hauptwort „Verhältnismäßigkeit“ enthalten ist, ein viel unbestimmterer Sinn zukommt, der dann in der Substantivierung zum Abstraktum „Verhältnismäßigkeit“ wesentlich verengt scheint.

Denn „verhältnismäßig“ kann sinngemäß bezogen werden sowohl auf „Verhältnisse“ in der Bedeutung von Zuständen, Sachlage, als auch auf den davon verschiedenen Begriff „Verhältnis“ im Sinne eines Verhaltens, In-Beziehung-Seins.

Bezieht man „verhältnismäßig“ auf „Verhältnis“, dann kann sich wiederum ein doppelter Sinn ergeben. Einmal der:

¹ Großer Brockhaus, Bd. 15, S. 163. Otto Sarazin, Verdeutschungswörterbuch, 4. Aufl. 1912, S. 234. Petri Friedrich, Handbuch der Fremdwörter, S. 638. «Großer Herder», «Der Große Duden», «Das Deutsche Wort» und das «Schweizer Lexikon» kennen das Wort «Verhältnismäßigkeit» nicht.

„verhältnismäßig“ in der Bedeutung „von den Verhältnissen her“ gemessen, nach Maßgabe der Verhältnisse oder Umstände, wie etwa „verhältnismäßig leicht“, „verhältnismäßig schnell“, das heißt leicht, schnell in Anbetracht der Verhältnisse oder der Sachlage; wie das sinngleich zum Ausdruck kommt in den Worten relativ leicht, relativ schnell. Oder aber: „verhältnismäßig“ nicht als „von den Verhältnissen her“ gemessen, sondern als den Verhältnissen entsprechend, zum Beispiel ein „verhältnismäßiges Vorgehen“ der Behörde. Die Behörde trägt in ihrem Vorgehen den Verhältnissen Rechnung.

Ein ganz anderer Sinn kommt aber dem Wort „verhältnismäßig“ zu, wenn es auf „Verhältnis und Maß“ bezogen wird. „Verhältnis“ ist ein In-Beziehung-Sein zweier oder mehrerer Dinge nach einem Maß. Der Sprachgebrauch schließt natürlich das „richtige“ Maß ein. Und daher würde also „verhältnismäßig“ aussagen, daß zwei oder mehrere Dinge nach dem richtigen Maß zueinander in Beziehung stehen. Und nur in dieser letzten Bedeutung ist „Verhältnismäßigkeit“ der entsprechende Begriff für Proportionalität².

II. Die Dreiecksbeziehung im Grundsatz: Mittel, Zweck und Drittmaß

Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist also das Bild der Proportion zugrunde zu legen: Das In-Beziehung-Sein von Dingen nach Maßgabe eines Maßes. Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck deutet einmal hin auf ein Verhältnis, ein In-Beziehung-Sein von Mittel und Zweck. Und zwar so, daß

² In Proportionalität ist Proportion. Und Proportion bedeutet gemeinhin ein Größenverhältnis nach Maßgabe eines Quotienten. In der Kunst ist Proportion eine bestimmte Anordnung der Teile unter sich und zum Ganzen entsprechend dem Proportionalitätsfaktor. Die Art dieser Anordnung wäre dann als Proportionalität anzusprechen. Einzelne Formen der Proportion in der Kunst, wie zum Beispiel den Goldenen Schnitt, empfindet man als besonders ebenmäßig. Darum hat Proportionalität allgemein den Sinn von Ebenmäßigkeit; «Verhältnismäßigkeit der Größenverhältnisse» (Kleiner Brockhaus, S. 623): bezeichnet schlechthin das «richtige Verhältnis» (Großer Brockhaus, Bd. 15, S. 163) von Dingen zueinander. Also wiederum wie Verhältnismäßigkeit ein In-Beziehung-Sein von zwei oder mehreren Dingen nach dem richtigen Maß.

dieses Verhältnis von einem Faktor, von einem Maß bestimmt wird. In die Beziehung Mittel-Zweck wirkt ein Drittes ein. Das Ganze läßt sich veranschaulichen als ein Dreiecksverhältnis mit den drei Komponenten: Mittel, Zweck und Drittfaktor. Im Dreiecksverhältnis ist die eigentliche Struktur oder Form des Grundsatzes aufgewiesen. Das Wort „Verhältnismäßigkeit“ weist per definitionem auf eine Dreiecksbeziehung hin: Verhältnis zweier Größen nach Maß. Entsprechend dem Grundsatz ist somit das Verhältnis von Mittel und Zweck nicht mehr eigenbestimmt, weder allein aus dem Zweck, noch allein aus dem Mittel, sondern aus einem Dritten, das sich gestaltend in die Beziehung Mittel-Zweck einschiebt. Es entsteht eine Dreiecksrelation.

Diese Dreiecksbeziehung ist zugleich auch das Allgemeingültige am Grundsatz. Mehr sagt er an sich nicht aus, als daß das Verhältnis von Mittel und Zweck an einem Dritten zu orientieren ist. Allgemeingültig kann also nur die Form des Grundsatzes sichergestellt werden. Welches sein Inhalt ist, welche Maße eingesetzt wurden und einzusetzen sind, sind ganz andere Fragen.

Mit der Form des Grundsatzes ist aber bereits Entscheidendes gewonnen. Damit ist er endgültig abgegrenzt gegen das Verbot des Uebermaßes in all seinen Schattierungen. Im Verbot des Uebermaßes ist an sich von einem *i n t e r n e n* Standpunkt aus, nämlich vom Zweck her, das Verhältnis von Mittel und Zweck beurteilt; im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kommt als Wesentliches ein *e x t e r n e r* Gesichtspunkt dazu. Nur wenn Mittel und Zweck nach einem Drittmaß abgestimmt sind, kann es sich um Verhältnismäßigkeit handeln.

III. Varianten in der Dreiecksbeziehung

In diesem Dreiecksverhältnis von Mittel, Zweck und Drittmaß kann nun aber der Platz der einzelnen Komponenten variieren. Der einen oder andern kann mehr Bedeutung zugemessen werden; damit ändert sich das Bild und verschiebt sich das

Kräfteverhältnis. Je nachdem der einen oder andern Komponente mehr der Charakter einer Konstanten zukommt, wird sie zum primär bestimmenden Faktor im Dreiecksbild. In dieser Hinsicht sind vor allem zwei Varianten ins Auge zu fassen³.

1. Die Verhältnismäßigkeit des Mittels

Die Dreiecksbeziehung kann sich einmal so gestalten, daß neben dem Drittmaß der Zweck darin als Konstante gilt. Das heißt, der anzustrebende Zweck steht fest. Zu bestimmen ist das entsprechende Mittel, aber nicht allein im Hinblick auf den Zweck; das Mittel ist auch dem Drittmaß anzugleichen. Es wird also nicht der Zweck, sondern nur das Mittel zum Zweck in Frage gestellt. Das Drittmaß wirkt sich hier nur dahin aus, daß unter Umständen am zweckentsprechenden Mittel Abstriche zu machen sind. Der Grundsatz ist damit nur auf das Mittel angewandt. Es geht nur um die Verhältnismäßigkeit des Mittels. Verhältnismäßig ist dann das Mittel, das seinem Zweck entspricht, aber auch dem Drittmaß angeglichen ist⁴.

Gilt als Drittwert die individuelle Freiheit des Bürgers, die die Polizei bei der Wahrung der öffentlichen Interessen respektieren soll, so heißt das in diesem Fall, daß sie für ihre Zwecke nur das unerläßliche Minimum an Mittel einsetzen darf; daß sie im Interesse der Freiheit des Bürgers in der Verfolgung ihrer Zwecke gewisse Risiken in Kauf nehmen muß, daß der Polizeizweck nicht um jeden Preis sofort mit dem wirksamsten, umfassendsten und radikalsten Mittel zu erstreben ist. So hat zum Beispiel die Polizei, um ihren Vorschriften in einem Gewerbebetrieb Nachachtung zu verschaffen, unter Umständen zuerst Kontrollgänge zu unternehmen, Warnungen zu erlassen, und erst wenn sie damit nicht zum Ziele kommt, darf sie die provisorische oder eventuell definitive Schließung des Betriebes veranlassen.

In dieser Form hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wo er nicht lediglich im Verbot des Uebermaßes stecken blieb, in Literatur und Praxis seine eigentliche Bedeutung erlangt.

³ Vgl. Fleiner/Giacometti BStR, S. 304. Marcel Bridel, a.a.O., S. 111. Marti, a.a.O., S. 85.

⁴ Vgl. 3. Teil § 9, II, 1.

Vorab in diesem Sinne gelangte der Grundsatz in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes zur Anwendung.

2. Die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck

In der Dreiecksbeziehung Mittel, Zweck und Drittmaß kann schließlich das Drittmaß als ausschlaggebend und damit als die eigentliche Konstante gelten. Mittel und Zweck messen sich dann an ihm. Hier geht es nicht nur darum, ob das Mittel verhältnismäßig ist, sondern ob in Anbetracht des dazu nötigen Mittels der Zweck vor dem Drittmaß noch Bestand haben kann, ob der Zweck, zum Beispiel im Hinblick auf die Schwere des Mittels noch als gerechtfertigt erscheinen mag. Dabei wird also der Zweck selbst in Frage gestellt und erscheint nach dem Grundsatz nur dann als zulässig, wenn ein dem Drittmaß entsprechendes Verhältnis zwischen Mittel und Zweck möglich ist⁵.

Gilt als Maßstab im Grundsatz die Freiheit des Individuums, dem das Verhältnis von Mittel und Zweck entsprechen muß, so darf die Polizei nur solche Zwecke verfolgen, die irgendwie auch in einem vernünftigen Verhältnis zum Mittel, das heißt zur nötigen Freiheitsbeschränkung des Individuums stehen. So kann der Zweck einer staatlichen Tuberkulosebekämpfung mit Untersuchungszwang und Zwangshospitalisierung in Anbetracht der Notwendigkeit eines solchen Vorgehens, seiner geringen Erfolgsaussichten und dem damit verbundenen tiefen Einbruch in die Freiheitssphäre des Einzelnen unter Umständen als unverhältnismäßig erachtet werden⁶.

Und erst dann, wenn Mittel und Zweck in die Verhältnismäßigkeitsbetrachtung einbezogen sind, erwächst dem Grundsatz seine volle Tragweite: Mittel und Zweck sind nach Maßgabe eines Dritten gegen einander abzuwägen⁷.

⁵ Fleiner/Giacometti, a.a.O., S. 304. Marcel Bridel, a.a.O., S. 111. Marti, a.a.O., S. 85, 108f.

⁶ Vgl. Giacometti, Die staatspolitische Bedeutung des neuen Tuberkulosegesetzes, NZZ, 28. März 1949.

⁷ Vgl. 3. Teil § 9, II, 2

§ 3. Der Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit: Das Verhältnismass

I

Ist im Dreiecksverhältnis erst die Form oder Struktur des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit aufgezeigt, so erhebt sich nun die Frage nach dem Inhalt, nach dem Verhältnismaß im Grundsatz. Wurde bis jetzt vorab die Tatsache eines Drittmaßes festgehalten, so ist im folgenden auf die möglichen Maße hinzuweisen. Im zweiten und dritten Teil dieser Arbeit soll dann diese Frage ihre eigentliche Vertiefung erfahren.

Ganz allgemein ist das Maß, das angerufen ist: Vernunft und Gerechtigkeit. Mittel und Zweck sollen in einem „vernünftigen“, „richtigen“ oder „gerechten“ Verhältnis stehen. Es handelt sich also um die gleiche Forderung, die an das Recht als Ganzes ergeht, daß es vernünftig und gerecht sei. Diese Forderung wird damit auch für das Verhältnis von Mittel und Zweck noch besonders betont.

Wie aber die Auffassungen über das, was gerecht und vernünftig ist, im Konkreten auseinandergehen, so ist damit noch kein eindeutiger Maßstab gewonnen. Es bestätigt sich hier von neuem, daß nur die Form des Grundsatzes feststeht, sein Inhalt aber entsprechend der jeweiligen Rechtsauffassung schwankt.

Schärfere Umrisse heben sich erst auf dem Hintergrund einer bestimmten Rechtsordnung ab. Ist dort die Idee der Gerechtigkeit in Gesetz und Rechtsprechung so oder anders konkretisiert, dann ergibt sich erst im Zusammenhang damit ein eindeutiger Maßstab für den Grundsatz. So werden rechtsstaatliche und gewaltstaatliche Rechtsordnungen dem Grundsatz ganz verschiedene Maßinhalte geben. Je nach Ideologie ändert sich der Inhalt des Grundsatzes. Darum ist es auch entscheidend für den Wert des Grundsatzes, seinen Inhalt im Zusammenhang mit einer

bestimmten Rechtsauffassung herauszustellen und aus einer konkreten Rechtsordnung zu begründen.

II

In der rechtsstaatlichen Auffassung vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verdeutlicht sich das Maß, dem die Relation Mittel-Zweck zu entsprechen hat, in den Freiheiten und Grundrechten der Menschen. Die Beziehung von Mittel und Zweck, das heißt hier von Eingriff in die Privatsphäre und Polizeizweck wird dann als verhältnismäßig angesprochen, wenn sie in Einklang steht mit den Rechten und Freiheiten des Individuums. Der richtige Maßstab für das Abwägen von Eingriff und Polizeizweck ist vom Individuum her genommen. Der Einzelmensch, sein Eigenwert ist letztlich das Maß der Staatszwecke. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist danach ein individualistisches Prinzip. Auf diese Frage ist später noch besonders einzugehen.

Es ist aber zu beachten, daß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch eine ganz andere Ratio unterstellt werden kann. Als Maßstab für das Verhältnis von Eingriff in die Privatsphäre und Polizeizweck ist im Gegensatz zu einem individualistischen ein kollektivistischer denkbar. Entsprechend einer kollektivistischen Staatsauffassung, in der nur das Kollektiv zählt und der Einzelmensch nur als Teil dieser Masse gilt, müßte sich das richtige Verhältnis von Mittel und Zweck ganz nach Maßgabe der Kollektivinteressen bestimmen. Und mit gleichem Recht könnte man in diesem Sinne von einem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als einem kollektivistischen Prinzip sprechen.

Folgendes Beispiel soll das Gesagte illustrieren: Ein Gesetz zur Bekämpfung der Tuberkulose, das zu diesem Zwecke einen allgemeinen Untersuchungszwang und Zwangshospitalisierung der Tuberkulosekranken vorsieht, kann je nach der Ratio im Grundsatz als verhältnismäßiger oder unverhältnismäßiger Eingriff erachtet werden. Unterstellt man dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine individualistische Ratio, das heißt, gilt letztlich die Freiheit oder der Eigenwert des Einzelnen als Maß-

stab, so ist dem Grundsatz entsprechend das Gesetz unter Umständen als ein zu tiefer Eingriff in die Freiheitssphäre des Privaten abzulehnen. Das zwar wünschenswerte Ziel, die wirksame Bekämpfung der Krankheit, müßte mit einer zu hohen Einbuße an persönlicher Freiheit erkaufte werden.

Betrachtet man dagegen die öffentlichen Interessen als primär und zwar nicht nur als eine Summe von Einzelinteressen, sondern als einen Eigenwert, der unabhängig von den Einzelinteressen besteht, und bildet dieser Wert den Maßstab im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dann besagt dieser offenbar etwas ganz anderes. Das richtige Verhältnis von Eingriff und Zweck bestimmt sich dann nach Maßgabe der Kollektivinteressen. Angewandt auf das Tuberkulosegesetz heißt das: Die Maßnahmen, die das Gesetz vorsieht, sind unter Umständen, wenn beispielsweise die Tuberkulosesterblichkeit der Bevölkerung zurückgeht, trotz tiefgreifender Freiheitsbeschränkung verhältnismäßig. Vor dem numerischen Gewinn an Menschenleben für die Allgemeinheit ist die Freiheitsbeschränkung des Einzelnen unbeachtlich, der Eingriff ist verhältnismäßig¹.

Die inhaltliche Variabilität erschöpft sich aber nicht in diesem Gegensatz von individualistischem und kollektivistischem Prinzip. Wenn beispielsweise davon die Rede ist, „daß zwischen Mittel und Zweck ein vernünftiges Verhältnis sein soll zur Wahrung gesunder Autorität, damit nicht durch den Eingriff größerer Schaden entstehe als ohne den Eingriff“, und gar wenn der Grundsatz auf die Beziehung Staat und Selbstverwaltungskörper angewendet wird², eröffnet sich eine Vielfalt von denkbaren Maßstäben, die aber erst aus dem konkreten Zusammenhang gewonnen werden können.

III

Damit wird aber deutlich, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sich erst im Zusammenhang einer konkreten Rechtsordnung bestimmt. Sein Maß empfängt er von der Norm, in

¹ Vgl. § 8, III.

² Koellreuter, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 73, 105.

deren Anwendung er ergeht. Also selbst innerhalb einer Rechtsordnung sind im Grundsatz verschiedene Maßinhalte möglich. Er selbst ist nur eine Formel, in die der Inhalt der Rechtssätze einfließt.

Und in der Tat genügt ein Blick auf Straf- und Zivilrecht, um diese Ansicht zu bestätigen; denn auch dort wird vereinzelt in der Frage des Verhältnisses Mittel-Zweck mit einer Formel der Verhältnismäßigkeit argumentiert. Natürlich sind die Tatbestände andere, wie auch die Maße.

Im Straf- sowohl als auch im Zivilrecht wird vorab in der Frage der Zulässigkeit von Notwehr- und Notstandshandlungen etwa ein Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder Proportionalität herangezogen und auf das Verhältnis zwischen dem Mittel zur Gefahrenabwehr und dem Zweck dieser Abwehr angewandt. Wird dort angenommen, daß dem in seiner Person oder seinen Rechtsgütern unrechtmäßig Angegriffenen grundsätzlich ein Recht auf Notwehr zustehe, so fragt man sich doch, ob nicht dann eine Notwehrhandlung als unstatthaft zu betrachten sei, wenn der Wert des bedrohten Rechtsgutes und das nötige Mittel zur Abwehr — also die Verletzung des Angreifers — außer jedem Verhältnis stehen³. Darf zum Beispiel, wenn dies das einzig mögliche Mittel ist, jemand, um seinen Spazierstock zu retten, seinen Angreifer töten?

Ja, in vermehrtem Maße stellt sich das Problem der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck in der Frage der Zulässigkeit von Notstandshandlungen. Denn dort rührt ja die Gefahr nicht von einem unrechtmäßigen Angreifer her. Wann darf man trotzdem das Rechtsgut eines Dritten verletzen, um sein eigenes vor Schaden zu bewahren? Welches ist hier das Verhältnis von Mittel und Zweck?

Es kann nicht Sache dieser Arbeit sein, den Maßstab des

³ v. Tuhr, Allg. Teil des schweiz. Obligationenrechts, Bd. 1, S. 362. Oser, Kommentar zum schweiz. ZGB, S. 369. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, S. 730, Nr. 4. Hafter, Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, allg. Teil, S. 146 f., 156 f. Liszt-Schmitt, Lehrbuch des deutschen StrR, S. 187, 194 f. Henri Trüb, Diss. Zürich 1924, Notwehr und Notstand im allgemeinen und nach schw. Recht, S. 37. Oetker, Notwehr und Notstand, 1903, passim. Berli, Diss. Zürich 1925, Notstand und Notwehr im schweiz. Militärstrafrecht, S. 15.

Grundsatzes im Zivil- und Strafrecht zu präzisieren. Eine eindeutige Antwort scheint überhaupt nicht möglich. Berli⁴ weist darauf hin, daß in der Lehre in keiner Weise eine eindeutige Ansicht über die Gestaltung dieses Verhältnisses besteht. Aber eines ist ganz klar, daß hier der Grundsatz seinen Inhalt eben erst wieder aus dem ganzen Sinn-Zusammenhang der Zivil- oder Strafrechtsordnung empfängt.

Diesem Ergebnis — dem formalen Charakter des Grundsatzes einerseits und der Variabilität seines Inhalts anderseits — ist nun beim Versuch einer Begründung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen. Auf beide, auf Form und Inhalt, ist das Augenmerk zu richten; denn beiden kommt in gleicherweise Bedeutung zu.

⁴ Notstand und Notwehr im schweizerischen Militärstrafrecht, S. 15.

Zweiter Teil

Die Grundlegung des Grundsatzes

§ 4. Die Grundlegung allgemein in Moral und Recht

(Der Zweck heiligt die Mittel nicht)

I

Ist nur die Form des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als allgemeingültig anzusprechen, sein Inhalt aber als variabel anzunehmen, so sind damit einer Grundlegung des Grundsatzes zwei Fragen aufgegeben. Einmal: Welche Bedeutung kommt dem Grundsatz in dieser Abstraktion zu, und aus welchen Zusammenhängen läßt er sich in diesem Sinne begründen? Getrennt davon stellt sich sodann die Frage nach dem Grundsatz mit einem bestimmten Inhalt und der entsprechenden Begründung.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann seiner Form nach als eine Dreiecksbeziehung zwischen Mittel, Zweck und Drittmaß begriffen werden. Danach ist im Grundsatz statuiert, daß das Verhältnis von Mittel und Zweck sich an einem Dritten als Maßstab bemißt. In der abstrakten Formel des Grundsatzes ist nur noch das „daß“ des Drittmaßes, nicht mehr sein „wie“ enthalten. Die Wahl des Mittels zu einem bestimmten Zweck darf nicht aus der isolierten Zweck-Mittelbetrachtung erfolgen, sondern es sind allfällige Drittbeziehungen des Mittels zu berücksichtigen.

In dieser Allgemeinheit ist aber im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Problemkreis visiert, der sowohl Moral als Recht zentral berührt. Es ist dies die Frage nach dem sittlich erlaubten, bzw. nach dem rechtmäßigen Mittel zu einem be-

stimmten Zweck. Denn ist in der Moral das Ziel als sittlich erlaubt, im Recht der Zweck als rechtmäßig erkannt, dann bleibt immer wieder als Hauptproblem aufgegeben die Frage nach dem Weg zum Ziel oder nach dem Mittel zum Zweck. Mit welchem Mittel darf das Ziel oder der Zweck verwirklicht werden? Welches Mittel dazu ist sittlich erlaubt, bzw. rechtlich zulässig? Mit andern Worten, woher erhält das Mittel seine sittliche, bzw. rechtliche Qualifikation? In erster Linie wird es von seinem Ziel oder Zweck her bestimmt. Ausschlaggebend für die Qualität des Mittels ist das, was gewollt ist: sein Ziel oder Zweck. Vom Ziel oder Zweck erhält das Mittel den für seine sittliche oder rechtliche Qualifikation relevanten Sinn. Aber kommt es nur auf das Ziel oder den Zweck an? Ist ein Mittel, das auf ein sittlich richtiges Ziel, auf einen rechtmäßigen Zweck ausgerichtet ist, damit auch in jedem Fall sittlich richtig oder rechtmäßig? Das heißt, erhält das Mittel seine sittliche, bzw. rechtliche Qualifikation allein von seinem Ziel, bzw. Zweck? Ja, insofern man nur an diese eine Beziehung Mittel-Zweck denkt, ist mit dem erlaubten Zweck auch das entsprechende Mittel als erlaubt ausgewiesen. Aber nur im Hinblick auf dieses eine Ziel oder diesen einen Zweck. Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob das Mittel nicht Beziehungen zu andern Zielen oder Zwecken aufweist und von dort her eine andere Qualifikation erhalten kann¹.

Es ist nämlich denkbar, daß eine Normativordnung, wie Moral und Recht es sind, auf eine Vielheit von Zielen oder Zwecken ausgerichtet ist. Und damit ist die Situation für die Frage des erlaubten Mittels eine völlig andere. Seine sittliche oder rechtliche Qualifikation empfängt dann das Mittel nicht nur von dem einen Ziel oder Zweck, dem es dient, sondern von der Gesamtheit der Ziele und Zwecke der entsprechenden Ordnung. Die Frage seiner Sittlichkeit oder Rechtmäßigkeit stellt sich dann im Zusammenhang der ganzen Normativordnung. Bei der Wahl des Mittels zu einem bestimmten Zweck sind dann auch Beziehungen zu andern Zwecken oder Zielen zu berücksichtigen.

¹ Willy Freytag, Untersuchungen zu einer Wissenschaft vom Sittlichen, S. 14 ff. 28 ff.

In dieser Frage nun bietet die Formel des Grundsatzes eine eindeutige Antwort. In ihm ist statuiert, daß die Zulässigkeit eines Mittels nicht isoliert aus seinem Zweck geschlossen werden darf, sondern daß Drittbeziehungen zu andern Zwecken erheblich sind. Eben nach der Formel: Mittel, Zweck und Drittmaß. Dieser Sinn kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ganz allgemein zu, unabhängig vom zufälligen Maßstab, der ihm eingesetzt ist. Das ist sein allgemeinster Inhalt, der jeder weitem inhaltlichen Konkretisierung zugrunde liegt. Mit andern Worten: Es sind im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ganz allgemein die Grenzen teleologischer Norminterpretation auf eine Formel gebracht. Ist für die teleologische Methode der Schluß vom Zweck auf das Mittel charakteristisch, so ist dieser Methode im Grundsatz eine Schranke gesetzt mit dem Hinweis auf andere Beziehungen des Mittels, die für seine Qualifikation von Belang sind.

Wird aber mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Fragestellung aktuell, die sich bei der Deutung jeder Normativordnung stellt, nämlich die, ob das zulässige Mittel allein aus seinem Ziel, bzw. Zweck geschlossen werden kann, oder ob dafür auch andere Ziele, bzw. Zwecke relevant sind, so ist auch eine Begründung des Grundsatzes in diesem weiten Rahmen zu versuchen. Es fragt sich, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in dieser Bedeutung aus der Wirklichkeit bestehender Moral- und Rechtsordnungen hergeleitet werden kann.

II

Für jede Sittenordnung stellen sich zwei grundlegende Fragen: die Frage nach dem sittlichen Ziel der Ordnung und die nicht weniger bedeutsame Frage nach dem Weg zum Ziel. Und wie diese letzte Frage beantwortet wird, ist entscheidend für die Berechtigung des Grundsatzes in der Moral. Erhält in der Moral das Mittel seine sittliche Qualifikation allein von seinem sittlich richtigen Ziel, oder sind auch Beziehungen zu andern Zielen für seine Sittlichkeit erheblich, wie das der Grundsatz

zum Ausdruck bringt: Zweck, Mittel und Drittbeziehung? Dies scheint nun der Fall zu sein, und zwar darum, weil in einer sittlichen Ordnung praktisch eine Vielheit ethischer Ziele anzunehmen ist und zudem vom Selbstzweck des Mittels gesprochen werden kann.

Meist wird es zutreffen, daß eine sittliche Ordnung auf eine Vielheit ethischer Ziele ausgerichtet ist, in dem Sinne, daß bald dieses, bald jenes Ziel im Vordergrund steht. Wenn auch eine letzte einheitliche Zielsetzung angenommen wird, so ist es doch sehr fraglich, ob die vielen Vorschriften, wie sie eine Moralordnung in sich schließt, aus dieser letzten Zielsetzung heraus begriffen werden können, in dem Sinne, daß sie als untergeordnete Ziele von dort her ihre Qualifikation erhalten und daher nur als Mittel erscheinen. Auch bei der Annahme eines solchen letzten Zieles, in das alle andern Ziele als dem letzten münden, wird es immer sehr problematisch bleiben, welches Ziel im konkreten Fall dem andern unterzuordnen ist und wie die Hierarchie der Ziele sich praktisch gestaltet. Von einem abstrakten Ziele fällt wenig Licht auf die einzelnen Meilensteine am Wege zu ihm. Schritt für Schritt muß der Entscheid fürs Detail fallen. Welches Detail aber dem andern vorzuziehen hat, das bleibt in der Moral die bedeutende Frage, für die ein letztes Ziel in seiner Abstraktheit meist keinen eindeutigen Entscheidungsgrund bietet. Darum bleibt dem Menschen nichts anderes übrig, als ein partikuläres Ziel nicht zu verabsolutieren und praktisch eine Vielheit ethischer Ziele in Betracht zu ziehen.

Andererseits ist in der Moral dem Mittel ein gewisser Selbstzweck zuzubilligen. Die einzelne Norm, auch wenn sie im Hinblick auf eine höhere Norm als Mittel erscheint, kann in beschränktem Umfang auch wieder Träger eines eigenen, wenn auch untergeordneten Zieles sein. Man denke nur an die Normen über das menschliche Zusammenleben, die in erster Linie ganz naheliegenden Zwecken dienen, auch wenn sie sich von einem allgemeineren Gesichtspunkt aus in ein höheres Ganzes einordnen lassen. So kann man in der Moral von näherliegenden und ferneren Zielen sprechen, von denen jedes schon in sich sinn- und zweckvoll ist. Der Sinn einer sittlichen Ordnung wird eben im

Ganzen und in allen ihren Teilen liegen². In dem Sinne, als auch das untergeordnete Ziel, das im Hinblick auf ein höheres zwar Mittel, aber an sich sinnvoll und erstrebenswert ist, seine Erfüllung verlangt. Trotz der schließlichen Ausrichtung auf ein Endziel kommt damit dem Mittel ein gewisser Selbstzweck zu. Die sittliche Ordnung ist im Ganzen und in ihren Teilen harmonisch zu verwirklichen, auf daß erste und letzte Ziele ihre Erfüllung erlangen.

Und darin, in der Vielheit ethischer Ziele und im Selbstzweck des Mittels in der Moral, findet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seine Begründung. Angesichts einer Vielheit ethischer Ziele und des Selbstzwecks des Mittels ist dann der Schluß vom Ziel auf das Mittel nur insoweit zulässig, als darin auch Drittbeziehungen des Mittels berücksichtigt bleiben, wie das in der Formel des Grundsatzes „Mittel, Zweck und Drittbeziehung“ zum Ausdruck gelangt³.

III

In noch höherem Maße als bei der Moral treffen diese Ueberlegungen beim Recht zu. Die Rechtswirklichkeit legt sowohl die Annahme einer Zweckvielheit als auch einer „Eigenzwecklichkeit“ des Mittels im Recht nahe.

Eine Rechtsordnung kann als eine Zweckordnung begriffen werden. Nicht aber kann man darin eine Zweckeinheit er-

² Auf dieses Problem wird bei der Begründung des Grundsatzes aus der Rechtswirklichkeit, wo sich die Frage ganz gleich stellt, noch kurz eingegangen werden.

³ In der scholastischen Moraltheologie wurde in der Frage der Erlaubtheit eines Mittels zu einem bestimmten Zweck längst mit einem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit argumentiert. Und wahrscheinlich wurde von dort her der Grundsatz ins Strafrecht übernommen. Schon bei Thomas von Aquin erscheint das Problem Mittel — Zweck im Gewande der Verhältnismäßigkeit. Und zwar legt er es dar in der Frage der Erlaubtheit der Tötung des Angreifers in der Notwehr: «Potest tamen aliquis actus ex bona intentione proveniens illicitus reddi, si non sit proportionatus fini. Et ideo si aliquis ad defendendum propriam vitam utatur maiori violentia quam oportet, erit illicitum. Si vero moderate violentiam repellat, erit licita defensio; nam secundum jura *vim vi repellere licet cum moderamine inculpatæ tutelæ.*»

S. th. 2a, 2ae, q. 64, a. 7.

Ferner: Prümmer, Theologia moralis I, S. 45, 47, 227, 236. Noldin, Theologia moralis I n. 83. Marc Raus, Institutiones morales I n. 315.

blicken, in der die einzelnen Vorschriften als bloße Bestandteile eines Zweckmechanismus erscheinen⁴. Vielmehr umschließt eine Rechtsordnung eine Vielheit von Zwecken, die selbständig nebeneinander bestehen. Ein Blick auf die sozialen Realien, die den Inhalt des Rechts im wesentlichen bedingen, bestätigt diese Ansicht. Es ist eine Tatsache, daß in der Sozietät die einzelnen Glieder nicht unmittelbar auf einen letzten einheitlichen Zweck hin zusammenwirken, sondern einer Vielheit von Zwecken nachgehen, die sich interferieren, ergänzen, bald entgegenstehen, bald zusammenwirken⁵. Und diese Tatsachen sind dem Recht gegeben. Bis zu einem gewissen Grade kann es sie ordnend normieren, in gewisse Bahnen dämmen, nicht aber in eine Zweck-einheit zwingen. Und darum ist entsprechend der Vielheit der Zwecke in der Sozietät auch dem Rechte eine solche Vielheit eigen. Bald ist dieses, bald jenes Zweck im Recht, bald dieser jenem über-, unter- oder beigeordnet.

Im Recht hat aber auch das Mittel einen gewissen Selbstzweck. Als dem Abbild der sozialen Realien kann vom Recht in gleicher Weise gesagt werden, was für das Verhältnis von Mittel und Zweck im sozialen Ganzen zutrifft. In dieser Frage sei angelegentlich auf das Werk von Dietrich Schindler: „Verfassungsrecht und soziale Struktur“ verwiesen. Schindler sagt dort auf Seite 64: „Im sozialen Ganzen ist jedes Element sowohl Mittel als auch Zweck. Es ist Mittel insofern, als es eingespannt ist in das Netz der Interdependenzen, als es ein notwendiges Glied im Ganzen ist, eine notwendige Funktion im Ganzen ausübt und alle andern Elemente mehr oder weniger mit ihm zusammenhängen, wie in einer Kette jedes Glied von jedem andern abhängt. Aber weil alles Mittel ist, ist auch alles Zweck. Denn der Zweck liegt nicht außerhalb dieser Kette oder genauer dieses Kreises von Mitteln, wo alles mit allem zusammenhängt, sondern er liegt in ihr selbst und muß deshalb jedem Element immanent sein. Das Ganze ist das Wahre. Wohl ist auch das Ganze Zweck, aber das hebt die Zwecknatur der Elemente nicht auf, weil Ganzes und Teile in dialektischem Verhältnis zueinander ste-

⁴ Walter Burckhardt, *Methode und System des Rechts*, S. 55.

⁵ Dietrich Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, S. 63 f.

hen: weil das Ganze durch die Teile ist und die Teile durch das Ganze sind, weshalb sich keines als Mittel auffassen läßt⁶."

So gilt auch für das Recht das Gleiche wie für die Moral. Mit der Vielheit der Zwecke im Recht, die sich nie logisch auf einen letzten einheitlichen Zweck ausrichten lassen, und der relativen „Eigenzwecklichkeit“ des Mittels ist auch hier der Grundsatz gegeben. Denn soll angesichts dieser Zweck-Vielheit die Rechtsordnung doch als ein sinnvolles Ganzes gedeutet werden, so ist das nur im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit denkbar. Der Schluß vom Zweck auf das Mittel ist nur beschränkt zulässig. Der Zweck heiligt darum nicht jedes Mittel, weil das Mittel seine sittliche oder rechtliche Qualifikation aus der Gesamtheit der Ziele und Zwecke einer Ordnung empfängt, wie dies der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit festlegt: Mittel, Zweck und Drittbeziehung.

§ 5. Die Grundlegung im Rechtsstaat

**(Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein Prinzip freiheitlicher
Verhältnisordnung Individuum-Gemeinschaft)**

I

Wurde vorhin der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allgemein aus Recht und Moral begründet, so stand nur seine Struktur, nicht aber sein Inhalt im Vordergrund. Im rechtsstaatlichen Prinzip der Verhältnismäßigkeit nun ist der Grundsatz mit einem bestimmten Inhalt zu begründen. Es geht also dabei nicht mehr nur um die Tatsache eines Verhältnismasses, sondern um dessen Qualität. Welches ist der Maßstab, an dem das Verhältnis von Mittel und Zweck gemessen wird? Daß aber gerade darüber die Meinungen auseinandergehen, dürfte feststehen. Was die einzelnen Autoren im Grundsatz sehen und was der Richter zur Anwendung bringt, ergibt ein buntes Bild¹. Und

⁶ Vgl. auch Burckhardt, a.a.O., S. 52 f.

¹ Vgl. Einleitung und § 1.

doch ist im Grundsatz eine tragende Idee anzunehmen, in der alle Auffassungen übereinkommen: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wurde aufgerichtet gegen den Uebergriff der Polizei, zum Schutze des Individuums vor staatlicher Maßlosigkeit. Von dieser Idee, Schutz des Einzelnen vor staatlichem Uebermaß, ist nun bei der Begründung des Grundsatzes als Prinzip des Rechtsstaates auszugehen.

II

Dabei erscheint es wertvoll, zuerst Verbindungen zum „Naturrecht“ aufzuzeigen. Denn wie schließlich die rechtsstaatliche Ordnung aus naturrechtlichen Forderungen positives Recht geworden ist, so wurde auch das rechtsstaatliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit in erster Linie aus naturrechtlichem Denken postuliert. Wie der Rechtsstaat, soll er nicht einer unerschütterlichen Grundlage entbehren, überstaatliche Ordnungen oder Werte voraussetzt², vorab im Sinne unantastbarer Menschenrechte, so erhält auch nur von dorthier das rechtsstaatliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit seinen tiefsten Sinn. Denn Rechtsstaat sowohl als Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sollen zum Schutze des Menschen dem Staat ein Maß auferlegen. Das können sie aber auf die Dauer nur, wenn sie immer wieder in den Zusammenhang überstaatlicher Ordnungen und Werte gestellt werden.

Begreift man das Naturrecht³ mehr in seiner mittelalterlichen Bedeutung als eine objektive ewige Ordnung oder in der Bedeutung des subjektivistischen Vernunftrechts, so ist beiden Auffassungen gemeinsam: die Herrschaftsgewalt des Staates über die Menschen findet vom Naturrecht her Schranken. Der Staat darf nur innerhalb der naturgegebenen Ordnung seine Macht entfalten, bzw. die unantastbaren Menschenrechte setzen

² Vgl. Werner Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 16 f., 29 f., 150 f.

³ Die Problematik um das Naturrecht, auf die hier nicht eingegangen werden kann, ist kurz und klar umrissen von Hans Nef in «Richtigkeit des Rechts» im Jahrbuch der philosophischen Gesellschaft, Bd. 3, 1943, S. 124 ff.

dieser Macht Grenzen. Besonders im modernen Staatsdenken werden die Menschenrechte als Schranken der Staatstotalität erkannt: die Eingriffsbefugnis und die Zwecksetzung im Staat finden ihre Grenzen an diesen natürlichen Rechten. Es ist die natürliche Freiheit des Individuums, die der Staat bei der Verfolgung der Gemeinschaftszwecke in der Wahl seiner Mittel zu respektieren hat. Und darauf gründet nun der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Maß für das Verhältnis von Eingriff und Zweck im Staat ist die natürliche Freiheit des Menschen. Eingriffsschwere und Zweck müssen vor der natürlichen Freiheit des Einzelnen verantwortet werden können. Sie ist der Maßstab im Grundsatz.

Mit dieser Begründung wurde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Otto Mayer ins deutsche Verwaltungsrecht übernommen: „Auch wo Polizeigüter in Frage stehen, ist die öffentliche Gewalt nicht so schlechthin berufen, daß sie zu ihrem Schutze einschreite. Sie findet vielmehr von der andern Seite her wieder natürliche Grenzen gezogen durch das, was der Freiheit der Einzelnen in der wohlgeordneten bürgerlichen Gesellschaft vorbehalten bleibt.“⁴ Und an anderer Stelle: „Aber im übrigen bleibt von der naturrechtlichen Grundlage her die Forderung der Verhältnismäßigkeit der Abwehr bestehen und bestimmt das Maß der als zulässig anzusehenden polizeilichen Kraftentfaltung“.⁵

Interessant ist, wie in neuester Zeit, besonders in der Nachkriegsliteratur Deutschlands als Reaktion gegen den Staatstotalitarismus, die umfassende Geltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und seine Begründung aus überstaatlichen Werten und Ordnungen betont wird. Ja, die Verhältnismäßigkeit des Rechts wird zum Kriterium des Rechts überhaupt aufgestellt. Und aus diesem Grunde wird den Normen, die diesem Grundsatz widersprechen, die Rechtsqualität abgesprochen. In diesem Sinne ist wohl Fritz v. Hippel zu verstehen, wenn er schreibt: „Denn es gibt eben elementare Rechtssätze, Anforderungen richtigen Lebens, gegen die man nicht verstoßen kann,

⁴ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 225.

⁵ Ebenda, S. 231. Vgl. auch Thoma, Der Polizeibefehl im badischen Recht, S. 465.

ohne zugleich das Recht selbst zu verneinen. Anforderungen, die insoweit geradezu logischen Charakter tragen können, als notwendig sich weitesten Kreisen bewußt machen lassen und noch im Scheitern ihnen widersprechender politischer Planungen sich durchsetzen. . . . Man darf nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen, wendet sich ein bekanntes Sprichwort von Rechts wegen gegen alle Maßlosigkeit im Verhältnis von Mittel und Zweck, den elementaren Rechtssatz von der notwendigen Verhältnismäßigkeit allen Handelns betonend⁶.“ Und ähnlich Günter Spendel: „Es muß bleibende Einsichten vom Recht geben; nämlich in einem negativen Sinne ist eine wissenschaftliche Stellungnahme zu den letzten Voraussetzungen, den absoluten Werten durchführbar, als sich zeigen läßt, was Unsinn und Unrecht ist. Auch Radbruch anerkennt heute, daß es Rechtssätze gibt, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, sodaß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist, Grundsätze, die man das Natur- oder Vernunftrecht nennt. . . . So die Idee der Gerechtigkeit. . . . Es gibt noch andere Grundsätze gerechten Handelns, gegen welche man nicht verstoßen darf, ohne sonst Unrecht als Recht zu proklamieren. So gilt es im Rechtsleben den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beobachten^{7 8}.“

Wird so der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu einem allgemeinen Rechtsprinzip erhoben, an dem sich scheidet, was Recht und Unrecht ist, so werden damit Fragen aufgeworfen, auf die einzugehen nicht mehr im Rahmen dieser Arbeit liegt. In letzter Linie ist damit die Frage nach dem Rechtsbegriff gestellt. Was kann als Recht angesprochen werden, was nicht?

⁶ F. v. Hippel, Vorbedingungen einer Wiedergenesung heutigen Rechtsdenkens in Veröffentlichungen der Forschungsgemeinschaft der Evangelischen Akademie in Deutschland, Bd. 5, S. 41, 49.

⁷ «Ueber eine rationalistische Geisteshaltung als Voraussetzung der Jurisprudenz» in Beiträge zur Kultur- und Rechtsphilosophie 1948, S. 82, 86.

⁸ Erkenntniskritisch kann natürlich diese Begründung, daß eher negative allgemeingültige Einsichten denn positive möglich sind, nicht befriedigen; denn das Negative ist ja nur am Positiven erfahrbar, das Nichtsein am Sein, als sein Mangel. Und trotzdem hat diese Ansicht viel für sich, daß praktisch doch leichter gesagt werden kann, was Unrecht ist und aller Vernunft bar, als wie es gerechter- und vernünftigerweise sein sollte.

Vgl. dazu den Versuch zu einem «negativen Naturrecht» bei Julius Moör im Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. XXVIII 1934/35, S. 325 ff., 534 ff., und die Kritik von Hans Ryffel, Das Naturrecht 1944, S. 52.

Welche Eigenschaften sind einer Norm wesentlich, damit sie überhaupt Recht ist? Praktisch stellt sich für den Juristen die Frage dahin: Ist auch die Instanz, die letztlich entscheidet, was Rechtens sein soll, nämlich der Verfassungsgesetzgeber, an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden? Auf diese Frage ist in § 6 kurz einzugehen.

III

Was vom Naturrecht her ganz allgemein gefordert wird, daß der Staat vor den natürlichen Rechten der Menschen Halt mache, findet dann seine nähere Konkretisierung und seine rechtlichen Formen im Rechtsstaat. Die unveräußerlichen Menschenrechte insbesondere finden ihren rechtlichen Niederschlag in den verfassungsmäßigen Rechten der Bürger.

Prinzipiell ist im Rechtsstaat der Schutz der Menschen vor staatlichem Uebergriff und Willkür auf zwei Arten ausgebaut. Durch das formelle Recht wird der Staat so organisiert, daß schon daraus ein optimaler Schutz für den Einzelnen resultiert, anderseits ist im materiellen Recht die Haltung des Staates gegenüber dem Individuum so festgelegt, daß diesem eine möglichst große Freiheitssphäre verbleiben sollte.

Organisatorisch soll durch die Bindung an den generellen Rechtssatz die Staatsgewalt in bestimmte Formen gedämmt werden. Für das Individuum bedeutet diese Bindung eine große Sicherung, ganz abgesehen vom Schutz vor Willkür, der damit in erster Linie erstrebt ist⁹. Zudem geschieht „die Organisation des Staates unter einem gegenüber der Staatsgewalt kritischen und negativen Gesichtspunkt — Schutz des Bürgers gegen den Mißbrauch der Staatsgewalt. — Weniger der Staat als die Mittel und Methoden seiner Kontrolle werden organisiert¹⁰.“ Durch

⁹ Werner Kügi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 43. «Das Besondere der durch die normative Verfassung postulierten Ordnung beruht des weitern darin, daß sie eine Begrenzung des Staates und der Staatsgewalt bedeute. Und S. 150: «Die Verfassung soll ein Wall sein gegen die Uebermarchung des Politischen, ein Schutz des Staates gegen seine Dämonisierung.»

¹⁰ Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 41.

die Gewaltenteilung insbesondere und die damit verbundene Auflösung der Staatsgewalt in ein „Netz von Kompetenzen“¹¹, die eher als Beschränkungen denn als Kompetenzen aufzufassen sind, wird die Macht im Staate „relativiert“¹², und damit schon rein organisatorisch ein großer Schutz der Freiheit erreicht.

Andererseits ist materiell in den Freiheitsrechten grundsätzlich die Haltung des Staates gegenüber dem Einzelnen festgelegt: Darnach ist Zweck des Staates nicht „Macht und Glanz“¹³, nicht der Staat das „Maß der Dinge“¹⁴, sondern er ist nur „dienende Ordnung“, ein „Notinstitut“, das um des Menschen willen da ist¹⁵. Der Mensch ist die Ratio des Staatslebens. Dessen Sinn soll in der „Möglichkeit der Entfaltung und Förderung des einzelnen Individuums in der Staatsgemeinschaft bestehen. Damit geht aber Hand in Hand auch die Förderung der staatlichen Kollektivität als der Summe der Einzelnen“^{16 17}.

Näherhin kann in den Freiheitsrechten das „Grundprinzip der Verhältnisordnung zwischen Individuum und Gesamtheit“ erblickt werden¹⁸, das „fundamentale Verteilungsprinzip, wonach die „Freiheitssphäre des Einzelnen prinzipiell unbegrenzt, die Befugnisse des Staates prinzipiell begrenzt sind“¹⁹.“ In den Freiheitsrechten ist also eine freiheitliche Verhältnisordnung Individuum-Gemeinschaft festgelegt, in dem Sinne, daß die Freiheit des Individuums, der Eigenwert des Einzelmenschen den festen Faktor dieser Ordnung bildet²⁰. Und für diese freiheitliche Verhältnisordnung, in der die Freiheit des Individuums der

¹¹ Carl Schmitt, a.a.O. S. 131.

¹² Werner Kägi, a.a.O. S. 43.

¹³ Carl Schmitt, a.a.O. S. 38, 126.

Montesquieu: *Esprit des lois*, livre XI, chap. 5, 7.

¹⁴ Hans Huber, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte in *«Zeitschrift für Schweizerisches Recht»*, NF 55, S. 197a.

¹⁵ Werner Kägi, a.a.O. S. 150.

¹⁶ Giacometti: *Das Staatsrecht der Kantone*, S. 163.

¹⁷ Vgl. auch Bernhardin Krempel, Götze *«Gemeinschaft»*, *Schweizer Rundschau*, 44. Jhrg., 1944, Heft 2, S. 97 ff.

¹⁸ Giacometti, *Staatsrecht der Kantone*, S. 18. Kägi, a.a.O. S. 16, 95. Huber, a.a.O. S. 39a, 42a. Urs Affolter, *Die rechtliche Stellung des Volkes in der Demokratie und der Begriff der politischen Rechte*, S. 21.

¹⁹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 126.

²⁰ Vgl. Krempel a.a.O. S. 97ff.

festen Maßstab ist, von dem her das Verhältnis Individuum-Gemeinschaft gesehen wird, erscheint nun der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als die entsprechende Formel: Verhältnismäßigkeit zwischen Mittel und Zweck, zwischen der Beschränkung des Einzelnen und dem öffentlichen Interesse, das sie fordert, im Einklang mit den verfassungsmäßigen Individualrechten. Also eine Dreiecksbeziehung: Eingriff, öffentliches Interesse und als Verhältnismaß die Freiheiten und Rechte des Individuums.

Wie ist nun genauer diese freiheitliche Verhältnisordnung und damit auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der sie zum Ausdruck bringt, in den Freiheitsrechten verankert?

IV

Die Freiheitsrechte haben, ohne daß damit ihr überstaatlicher Charakter oder Wert in Frage gestellt sein muß, in den rechtsstaatlichen Verfassungen auch positivrechtlichen Ausdruck und damit rechtliche Bedeutung für das Staatsleben erlangt²¹. Waren sie ursprünglich mehr von außen her gegen den Staat aufgerichtet als ein Negativum, das sich aus der damaligen Polemik versteht, so sind sie heute selbst ein Element des Staates, seiner Idee und Struktur. Damit hat notwendigerweise ihr Sinn einen gewissen Wandel erfahren. Standen sie am Anfang irgendwie beziehungslos dem Staate gegenüber, als ein Negativum, als eine absolute Schranke, so konnten sie ins staatliche Recht nur eingehen unter dem Vorbehalt der öffentlichen Interessen²². Sie verloren dabei also ihren rein individualistischen Charakter, konnten sinnvollerweise nur in Beziehung zu den Rechten der Kollektivität Aufnahme finden. Die Freiheit des Einzelnen findet ihre Schranke an den Freiheiten aller. In diesem Sinn spricht man von den begriffsnotwendigen oder polizeilichen Vorbehalten zu den Freiheitsrechten im Interesse der öffentlichen Ordnung.

Die Freiheitsrechte bestimmen also nicht mehr rein nega-

²¹ Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 152.

²² Giacometti, ebenda, S. 173.

tiv eine staatsfreie Sphäre, sondern viel eher eine bestimmte Art der Beziehung Individuum-Gemeinschaft²³. Sie bilden nicht nur negativ einen Wall für das Individuum, sondern regeln positiv seine Beziehungen zur Kollektivität, indem sie grundsätzlich das Verhältnis Individuum-Gemeinschaft ordnen. Aber der feste Punkt, aus dem sich die Ordnung Individuum-Gemeinschaft gestaltet, ist die Freiheit des Einzelmenschen, sein Eigenwert, und in diesem Sinne ist die individualistische Ratio der Freiheitsrechte voll erhalten geblieben. Die Ordnung baut sich also vom Individuum her auf. In diesem Sinne kann man sagen, daß die Freiheitsrechte prinzipiell die freiheitliche Verhältnissordnung Individuum-Kollektivität konstituieren, eine Ordnung, in der letztlich die Freiheit des Individuums das Maß bestimmt. Und genau das Gleiche bringt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Ausdruck. Das Verhältnis zwischen dem Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen und dem damit verfolgten Gemeinschaftszweck mißt sich letztlich wiederum an der Freiheit und dem Eigenwert des Einzelmenschen.

V

Nun ist aber auffallend, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit weniger aus den Freiheitsrechten als aus der Generalermächtigung an die Polizei, aus der Polizeiklausel begründet wurde²⁴. Wie es dazu kam, wurde bereits in der Einleitung dargelegt. Die deutschen Verwaltungsgerichte, die mit der Rechtskontrolle über die Polizeiakte betraut waren, griffen auf den § 10 ALR zurück. In ihm erblickten sie eine Generalermächtigung an die Polizei und die begriffliche Festlegung der Polizeiaufgaben: „Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr, zu treffen, ist das Amt der Polizei“. Gestützt auf

²³ Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, S. 3. «Und doch wird in einer fast rätselhaften Selbsttäuschung dieser Freiheitsgedanke zum bloßen Ausdruck für eine bestimmte Stellung des Individuums in der Gesellschaft.»

²⁴ Vgl. Alexander Voigt, Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur. S. 51, 86.

diese Formel, die entweder sinngemäß in die neuen Polizeigesetze übernommen wurde oder der, mangels einer gesetzlichen Vorschrift, gewohnheitsrechtliche Geltung zugeschrieben wurde, überprüften die Gerichte die Polizeiakte auf ihre Rechtmäßigkeit. Beim Begriff des Polizeizwecks wurde immer schärfer dessen Begrenzung hervorgehoben, die Schranken der Kompetenzerteilung an die Polizei wurden erkannt. Dabei hat jedes einzelne Wort der Vorschrift zu einer Reihe von Präjudizien geführt²⁵. Aber, und das ist nun das Entscheidende in diesem Zusammenhang, die Interpretation der Polizeiklausel erfolgte aus einer freiheitlichen Staatsauffassung. In diesem Sinne wurde die öffentliche Ordnung als eine freiheitliche gedeutet. Die Polizei durfte nur das „Nötige“, ja das „absolut Nötige“ vorkehren. Das heißt, der Eingriff sollte verhältnismäßig sein. Mit Recht wurde also in diesem Sinne der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus der freiheitlich interpretierten Polizeiklausel abgeleitet.

Damit steht man aber vor der Tatsache, daß die Ordnung Individuum-Gemeinschaft aus zwei Normen bestimmt wird: Aus den Freiheitsrechten einerseits, aus der Polizeiklausel andererseits, und daß demgemäß auch beide Normen für die Begründung des Grundsatzes in Frage kommen. Doch scheint es sich hier nur formell um einen Normenkonflikt zu handeln, materiell decken sie sich. Die Polizeiklausel empfängt ihren Sinn vom Freiheitsrecht und umgekehrt. In beiden ist das Gleiche statuiert. Sie treffen sich im Begriff der freiheitlichen Ordnung²⁶. Geschichtlich gesehen ist aber die Gegenüberstellung von Freiheitsrecht und Vorbehalt sinnvoll²⁷. Denn bedeuteten die Freiheitsrechte ursprünglich eine Abkehr vom Staate, so konnte sich ihr Sinn, nachdem sie staatliches Recht geworden, erst aus dieser gegensätzlichen Betrachtung Freiheit-Vorbehalt

²⁵ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 176.

²⁶ Vgl. Teitgen, *La police municipale*, «Elles (Freiheitsrechte und Polizeigesetz) ne s'opposent pas, elles se rejoignent dans la notion de l'ordre public.» S. 387.

²⁷ In der Schweiz hat sich die Auffassung über die Polizeikompetenzen und den Umfang der Freiheitsrechte in der bundesgerichtlichen Judikatur in ständigem Gegenspiel von Freiheitsrecht und Vorbehalt entwickelt.

Vgl. Alexander Voigt, a.a.O. S. 58.

entfalten. Beide aber, Freiheit und Vorbehalt, gelangen zur Synthese im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, als dem Prinzip der freiheitlichen Ordnung Individuum-Gemeinschaft.

§ 6. Die Grundlegung in der schweizerischen Bundesverfassung

I

Daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seine rechtliche Begründung im Freiheitskatalog der schweizerischen Bundesverfassung findet, kann nach dem, was über den Rechtsstaat ausgeführt wurde, nicht mehr zweifelhaft sein. Die gleichen Ueberlegungen treffen auch hier zu. Es werden daher im folgenden die Rechtsgrundlagen nur kurz skizziert, um so mehr aber das Augenmerk auf ein anderes Problem gerichtet, das sich in engem Zusammenhang damit stellt. Denn stehen die Rechtsgrundlagen des Prinzips der Verhältnismäßigkeit in den Freiheitsrechten fest, dann drängt sich eine weitere Frage auf, die Frage nach dem Umfang der Rechtsgeltung, die dem Grundsatz daraus erwächst. Nämlich, welche Bedeutung muß infolgedessen dem Grundsatz im schweizerischen Staatsleben zukommen, und welche Bedeutung kommt ihm tatsächlich zu? Insbesondere fragt es sich, an welche Organe der Rechtsverwirklichung der Grundsatz sich wendet. Bindet er auch den Verfassungsgesetzgeber, den einfachen Gesetzgeber und damit alle übrigen Staatsorgane?

II

Die Freiheitsrechte, die die schweizerische Bundesverfassung garantiert, haben nicht nur die Bedeutung von Richtlinien oder gar von unverbindlichen Programmsätzen. „Als Bestandteile der Bundesverfassung stellen die von ihr gewährleisteten Freiheitsrechte positives Recht, ja verbindliche Normen für die Staatsorgane dar, obwohl sie ihrer ursprünglich naturrechtlichen

Idee nach angeborene, vorstaatliche Rechte gegenüber der Staatsgewalt sind. Sie bilden den positivrechtlichen Niederschlag einer freiheitlichen Staatsauffassung¹.“ Und zwar sind sie unmittelbar anwendbare Normen, bei deren Verletzung der Bürger den Schutz der Gerichte anrufen kann, was ihren Rechtscharakter augenscheinlich dartut.

Obwohl aber die Freiheitsrechte unmittelbar anwendbares Recht sind, bedürfen sie, angesichts ihrer allgemeinen, unbestimmten Fassung zur Anwendung auf den Einzelfall der näheren inhaltlichen Bestimmung oder Positivierung². In letzter Instanz obliegt diese Aufgabe in der Schweiz dem Bundesgericht in seiner Eigenschaft als Verfassungsgerichtshof³. In einer langen Praxis hat das Bundesgericht die Freiheitsrechte inhaltlich umschrieben, vorab ihre Schranken im öffentlichen Interesse aufgezeigt. Daß das Bundesgericht dabei in hohem Maße Werturteile fällen muß, ist angesichts der programmatischen Unbestimmtheit der Freiheitsrechte klar. Um dabei aber doch zu einer konstanten und gradlinigen Praxis zu gelangen, hat das Bundesgericht zwei bewährte Wege in der Auslegung der Freiheitsrechte beschritten. Es entwickelt den Sinn der Freiheitsrechte anhand von Begriffen und Grundsätzen. Im begrifflichen Vorgehen definiert, analysiert und differenziert es die Freiheitsrechte oder vielmehr die dadurch geschützten Tätigkeiten, wie zum Beispiel: das „Gewerbe“, die „freien Berufe“, den „Kult“, die „Presse“⁴. Je nachdem es den Begriff faßt und einen Tatbestand unterstellt, fällt es die Wertung, die dadurch aber doch als in gewissem Grade vorgezeichnet erscheint. In ganz gleicher Weise umschreibt das Bundesgericht auch die im öffentlichen Interesse liegenden Schranken der Freiheitsrechte. Daneben beschreitet das Bundesgericht aber auch einen zweiten Weg und deutet den Sinn der Freiheitsrechte unter Zuhilfe-

¹ Fleiner/Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 242.

Vgl. auch Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 152 f.

² Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 154. Nef, Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde, ZSR, NF. Bd. 69, S. 212a ff., 224a ff.

Jürg Scherrer, Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsproblem . . . S. 19.

³ Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 50.

⁴ Marcel Bridel a.a.O. S. 108.

nahme von rechtsstaatlichen Prinzipien. Vorab schützt es in den Freiheitsrechten die Rechtsgleichheit im Sinne des Willkürverbotes. Den entscheidenden Schritt in dieser Richtung hat es aber getan, als es zur Auslegung der Freiheitsrechte den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit heranzog⁵.

Wahrscheinlich angeregt durch die deutsche Verwaltungsrechtslehre, besonders aber durch die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes zur Polizeiklausel, wonach die Aufgaben und Befugnisse der Polizei darin ihre Grenzen finden, „daß die zu treffenden Anstalten sich nur soweit erstrecken dürfen, als sie zum Zwecke haben, die vorhandene Gefahr zu beseitigen“⁶ — die Formulierungen des Bundesgerichtes lauten ja ganz ähnlich — hatte vorerst der Bundesrat in seiner Rekurspraxis diesen Grundsatz übernommen. Formell in einem frühen Entscheid noch abgelehnt⁷, festigte er sich dann in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu einem konstanten Grundsatz des Polizeirechts, zur Bestimmung des Umfanges der Freiheitsrechte und ihrer Schranken. Und weil das Bundesgericht in letzter Instanz dazu berufen ist, Inhalt und Schranken der Freiheitsrechte festzustellen und zur Geltung zu bringen, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit damit ein Grundsatz des schweizerischen positiven Rechts geworden⁸.

III

Findet aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seine rechtliche Begründung in den Freiheitsrechten der schweizerischen Bundesverfassung, welche Konsequenzen ergeben sich dann daraus für den Umfang seiner rechtlichen Geltung? Erwächst ihm da nicht eine ganz andere Bedeutung als die, die

⁵ Marcel Bridel ebenda S. 111 «en posant un principe d'apparence secondaire, il (le tribunal fédéral) a placé tout le problème dans sa juste perspective quand il a déclaré que, pour être légitime, une mesure restrictive quelconque doit toujours être proportionné au but visé...»

⁶ Sammlung Jebens und Meyeren, Bd. XIII, S. 426.

⁷ Salis II 788.

⁸ Auf das Problem der Rechtsqualität der Verfassungsgerichtsbarkeit kann hier nicht eingetreten werden, es sei verwiesen auf Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 154 f., 417 und Scherrer a. a. O. S. 19 ff., 34 ff.

ihm bis jetzt tatsächlich zukam? Warum soll er, im Sinne der herrschenden Meinung, nur im Polizeirecht oder höchstens als verwaltungsrechtliches Prinzip bedeutsam sein?

Natürlich ist der Grundsatz vorab im Polizeirecht aktuell. Denn dort, wo vielfach materielle Normen fehlen und den Behörden demgemäß ein weiter Raum freien Ermessens zusteht, erscheint der Grundsatz oft als das einzige Kriterium, von dem eine richterliche Prüfung ausgehen kann. Als grundsätzlich Richtungweisend ist dem Prinzip zudem eine gewisse Elastizität eigen⁹, weshalb es für das Gebiet des Polizeirechts ganz besonders geeignet erscheint; denn da ist alles in stetem Flusse begriffen und das Verhältnis Individuum-Gemeinschaft ruft immer wieder neuer Entscheidung. Als Prinzip der freiheitlichen Gestaltung dieses Verhältnisses ist es in der Hand des verantwortungsvollen Richters wertvoller als irgend eine starre begriffliche Abgrenzung, die der Lauf der Entwicklung bald wieder sprengen müßte. Ganz besonders trifft dies zu für das Gebiet der Handels- und Gewerbefreiheit, da diese eher eine bestimmte Art der Wirtschaftsordnung, denn einen absoluten Schutz des Individuums bedeutet. In Anbetracht der fortwährenden wirtschaftlichen Entwicklung und des stetigen Wandels der Anschauungen ist immer wieder eine erneute Interessenabwägung nötig. Das Verhältnis Individuum-Gemeinschaft, das in den Wirtschaftsbeziehungen seinen Schwerpunkt findet, ist dementsprechend immer wieder neu zu gestalten, und dazu weist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine klare Richtung ohne unnötige Bindung an unbewegliche Begriffe.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit war im Polizeirecht aktuell und wurde ein Prinzip nur des Polizeirechts, ja, überragende praktische Bedeutung hat der Grundsatz nur auf dem Gebiet der Handels- und Gewerbefreiheit erlangt. Mit der Anwendung auf den Spezialfall wurde er ein Prinzip nur dieses einen Spezialfalls. Und damit ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf den engen Bereich der Verwaltung eingeschränkt.

⁹ Sache der Gerichte ist es, den Grundsatz näher zu konkretisieren. Vgl. 3. Teil.

Doch fehlt es nicht an Autoren, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine ganz andere Tragweite zumessen und ausdrücklich von der Verhältnismäßigkeit der „staatlichen Maßnahme“, des „staatlichen Einschreitens“ überhaupt sprechen und die Bedeutung des Grundsatzes für das ganze Staatsleben betonen, dem jeder Eingriff in die Privatsphäre entsprechen muß¹⁰.

Geht man davon aus, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sich aus den Freiheitsrechten herleitet, die prinzipiell die Verhältnisordnung Individuum-Gesamtheit regeln, dann fragt sich nur, wie weit diese Ordnung das staatliche Leben determinieren soll und in welchem Umfang daher auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtliche Geltung zukommt. Praktisch stellt sich insbesondere die Frage, ob und inwieweit der Grundsatz die Staatsorgane bindet. Sind auch der schweizerische Verfassungsgesetzgeber und insbesondere der einfache Gesetzgeber an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden?

IV

Wer ist der Verfassungsgesetzgeber, was ist seine Funktion? Dem Soziologen und dem Rechtspolitiker erscheint der Träger der souveränen Herrschaft, der „pouvoir constituant“ als Verfassungsgesetzgeber. Souverän ist jene Instanz, die letztlich auf einem Gebiet für die betreffenden Menschen entscheidet, was Rechtens sein soll. Stellt für die soziologische Betrachtungsweise der Verfassungsgesetzgeber eine Herrschaftsinstanz dar, der die oberste Entscheidungsmacht über die Ordnung in der Gemeinschaft zukommt, so erscheint einer rechtlichen Betrachtung der Verfassungsgesetzgeber als oberstes Organ, das durch die Organisationsnormen konstituiert wird. Die rechtliche Betrachtung

¹⁰ Giacometti, Gutachten vom 5. Sept. 1949 über die Auslegung von Art. 17 AHV: «Im Rechtsstaat gilt nun der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der staatlichen Eingriffe in die Privatsphäre...»

Des weitern erblicken Marti und Giacometti im Grundsatz eine Rechtschranke für das freie Ermessen des Bundesrates in der Ausübung seiner ausserordentlichen Vollmachten während des Krieges.

Hans Marti, Der Vollmachtenbeschluß von 1939, S. 16. Giacometti, Das Vollmachtenregime der schweizerischen Eidgenossenschaft, S. 32.

tungsweise unterscheidet sich insofern von einer soziologischen, als hier die Norm logisch vor dem Organ, dort der Herrscher vor dem Befehl gedacht wird. Wenn nach den Grenzen des Verfassungsgesetzgebers gefragt wird, besteht immer die Gefahr, daß die rechtliche Problemstellung verlassen wird. Die Vorstellung, daß der Träger des „pouvoir constituant“, als Herrscher im soziologischen Sinne, den „pouvoir constitué“ als oberstes rechtliches Organ einsetzt, ist ein Beispiel eines unzulässigen Methodensynkretismus.

Der Verfassungsgesetzgeber im juristischen Sinne ist nach der Lehre vom Stufenbau des Rechts das oberste Organ, dessen Organtätigkeit durch die oberste Organisationsnorm qualifiziert wird. Diese Norm kann als die absolut materielle Verfassung oder als Staat im Rechtssinne bezeichnet werden¹¹. Sie steht auf höherer Stufe als die übrigen Rechtssätze der Verfassungsstufe. Denn als Organisationsnorm der Verfassungsgesetzgebung verhält sie sich zur Erzeugung der Verfassungsrechtssätze bedingend, so daß das gleiche Verhältnis wie zwischen Erzeugungsnorm der Gesetzgebung und einfachem Gesetz vorliegt, nur auf höherer Stufe¹².

Daraus ergibt sich nun eine wichtige Folgerung. Der Gesetzgeber ist an die Freiheitsrechte gebunden, sie besitzen Verfassungsgesetzeskraft. Nicht aber binden sie den Verfassungsgesetzgeber, der diese Freiheitsrechte ja positiviert hat. Er kann sie rechtlich wieder außer Geltung setzen, soweit dadurch nicht die Funktionsfähigkeit des Verfassungsgesetzgebers beeinträchtigt wird¹³. Denn der Inhalt dieser Rechtssätze ist nicht nur einem Wandel der Anschauungen unterworfen, sondern ihre rechtliche Existenz ist auch durch die Verfassungsgesetzgebung bedingt.

Im allgemeinen ist der Verfassungsgesetzgeber nur an jene Normen rechtlich gebunden, die ihn organisieren. Es liegt zwar im Bereiche der Möglichkeit, daß es positivrechtliche Bestimmun-

¹¹ Hermann Büchel, Die Entstehung des schw. Bundesstaates als Problem der Rechtskontinuität, Diss. Zürich 1951, S. 68 ff.

¹² Hermann Büchel, ebenda.

¹³ Freiheitsrechte als funktionelle Voraussetzung der Verfassungsgesetzgebung. Vgl. Giacometti, Bundesstaatsrecht, S. 22.

gen gibt, die materielle Schranken für den Verfassungsgesetzgeber darstellen. In der Regel ist er aber nicht durch materielle Kompetenznormen eingeschränkt. Auch die schweizerische Bundesverfassung sieht keine solchen Schranken vor¹⁴. Rechtstheoretisch erscheint deshalb der schweizerische Verfassungsgesetzgeber als potentiell totalitär¹⁵. Er ist zu umfassender Staatstätigkeit ermächtigt und zum Erlass von Verfassungsrechtssätzen zuständig, ohne daß er weiter inhaltlich determiniert wäre. Nur das Verfahren, wie die Rechtssätze erzeugt werden sollen, ist geregelt, nicht aber welche Materien und wie sie geregelt werden sollen.

Ist nun der schweizerische Verfassungsgesetzgeber durch die Normen der absolut materiellen Verfassung¹⁶ — nämlich die Revisionsbestimmungen — an keine materiellen Schranken gebunden, weil er ganz allgemein zuständig erklärt wird, so ist man damit auch am Ende einer juristischen Problemstellung. Denn eine schrankenlose rechtliche Ermächtigung erübrigt es, daß nach Rechtsschranken gefragt wird.

Eine Frage der Rechtsphilosophie ist es aber, ob und welche Bindungen anderer Art für den Verfassungsgesetzgeber aufgezeigt werden können. Wohl ist der Verfassungsgesetzgeber als rechtlich potentiell totalitär anzunehmen, doch dies nur innerhalb der Schranken des Rechts überhaupt. Verläßt er diese, dann verläßt er das Recht. Denn die Normen, die er erzeugt, müssen durch den Rechtsbegriff gedeckt sein und die Qualität aufweisen, die das Recht zum Rechte macht. Wird man sich über den Rechtsbegriff auch kaum je einigen können, so ist anderseits doch auch klar, daß jede Rechtswissenschaft von einem bestimmten Rechtsbegriff ausgehen muß, soll sie überhaupt wissen, welches der Gegenstand ihrer Betrachtung ist¹⁷. Irgend ein ethisches Minimum wird dem Rechtsbegriff wesentlich sein. Es muß doch eine Grenze geben, wo nicht mehr von Recht gesprochen werden kann, wo den Normen einer „organisierten Mörderbande“ die Rechts-

¹⁴ Art. 118 BV «Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden».

¹⁵ Vgl. Giacometti, Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, S. 46.

¹⁶ Hermann Büchel a.a.O. S. 83 ff.

¹⁷ Vgl. Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, S. 27.

qualität abgesprochen werden muß. Es stellt sich dann nicht mehr die Frage nach dem „richtigen“ oder „falschen“ Recht, sondern die Frage lautet: Recht oder Nichtrecht?

Ergibt sich also für den Verfassungsgesetzgeber eine absolute Schranke aus dem Wesen des Rechts, so kann auch nur von dort her beantwortet werden, ob er an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden sei. Irgendwie wird man das Wesen des Rechts auch wieder vom Menschen her, dem es dienen soll, bestimmen, dabei auf die Natur des Menschen zurückgreifen, seinen Eigenwert und die Würde der Person bedenken, wie sie in den Freiheitsrechten garantiert sind, und aus diesem Grunde den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch für den Verfassungsgesetzgeber bejahen.

V

Eine Frage des positiven Rechts ist es nun, ob der einfache Gesetzgeber und mit ihm alle übrigen Staatsorgane an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden sind. Ist der Verfassungsgesetzgeber nur durch die Organisationsnormen, die ihn konstituieren, beschränkt, so ist der Gesetzgeber dem Stufenbau der Rechtsordnung gemäß durch die Normen der übergeordneten Verfassungsstufe in seiner Organtätigkeit bestimmt. Die Verfassung setzt den Gesetzgeber ein, sie ist bedingend für die Rechtserzeugung auf der Gesetzesstufe. Und zwar ist die Tätigkeit des Gesetzgebers einerseits formell durch die verfassungsrechtlichen Organisationsnormen, materiell aber auch durch alle andern Normen auf der Verfassungsstufe determiniert¹⁸.

So bildet der Freiheitskatalog der schweiz. Bundesverfassung solche materielle Rechtserzeugungsbedingungen für den Gesetzgeber vorab in einem negativen Sinne, indem er für das Individuum eine bestimmte Freiheitssphäre statuiert und so den Gesetzgeber in dieser Richtung limitiert¹⁹.

Und zwar, und das erscheint heute entscheidend, ist auch der Bundesgesetzgeber, der einen verfassungsmäßigen Vorbe-

¹⁸ Vgl. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, S. 285 ff. Urs Affolter, a.a.O. S. 21 f.

¹⁹ Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 75.

hait zu einem Freiheitsrecht ausführt, durch die Gesamtheit der Freiheitsrechte in seiner Gesetzgebungsbefugnis eingeschränkt. Denn seine Kompetenzen ergeben sich zwar primär aus dem verfassungsmäßigen Vorbehalt, anderseits ist seine Organkompetenz durch alle andern Normen der Verfassungsstufe bestimmt²⁰. Es kann in diesem Sinne keinem Zweifel unterliegen, daß auch dort, wo ein Vorbehalt zu einem Freiheitsrecht besteht, die Freiheitsrechte als Ganzes nicht ausgeschaltet sind. Selbst wenn der Gesetzgeber auf Grund eines verfassungsmäßigen Vorbehaltes ermächtigt ist, in Abweichung von einem bestimmten Freiheitsrecht zu legiferieren, scheint er doch an die freiheitliche Ordnung als Ganzes, wie sie die Freiheitsrechte in ihrer Sinntotalität grundsätzlich konstituieren, gebunden, und es gilt daher für ihn auch ganz allgemein der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²¹.

In dieser Auffassung wird man noch bestärkt, wenn man den wertmäßigen Rang der Freiheitsrechte in Betracht zieht. Neben dem demokratischen und föderalistischen Prinzip gehören sie zu den „Grundentscheiden“ der schweizerischen Bundesverfassung und sind daher wertmäßig andern Verfassungsbestimmungen übergeordnet²². Denn nur wenn man überhaupt eine wertmäßige Rangverschiedenheit der einzelnen Verfassungsbestimmungen annimmt, kann eine Verfassung sinnvoll als Ganzes ausgelegt werden²³. Für die schweizerische Bundesverfassung läßt sich eine wertmäßige Rangverschiedenheit einzelner Verfassungsbestimmungen insbesondere auch aus dem verschieden geregelten Verfahren für Partial- und Totalrevision schließen.

²⁰ Urs Affolter, a.a.O. S. 29 «So bilden alle materiellrechtlichen Normen der Normstufe, welcher die das Organ organisierende formelle Norm angehört, und die Normen der höhern Stufen gewissermaßen inhaltliche abstrakte Determinaten der Organkompetenz.»

²¹ Daher erscheint der Gesetzgeber grundsätzlich auch an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, wenn er auf Grund der neuen Wirtschaftsartikel, die ihm ein Abweichen von der Handels- und Gewerbefreiheit gestatten, lenkend in die Wirtschaft eingreift. Der Gesetzgeber muß auch hier bei seinen wirtschaftspolitischen Maßnahmen freiheitliche oder verhältnismäßige Lösungen suchen. Nicht jedes Mittel kann für den erlaubten wirtschaftspolitischen Zweck recht sein. Vgl. Marti, Handels- und Gewerbefreiheit, S. 160 f.

²² Hans Nef, Materielle Schranken der Verfassungsrevision, S. 130 ff. Carl Schmitt, Verfassungslehre, passim.

²³ Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 136. Carl Schmitt, a.a.O. 20 ff. Kägi, a.a.O. S. 61, 66.

Grundlegende Prinzipien der Verfassung sind nur auf dem Wege der Totalrevision abänderbar²⁴, was zweifelsohne auf die Freiheitsrechte in ihrer Substanz zutrifft, die unbestrittenermaßen ein Wesenselement der schweizerischen Verfassung und der in ihr verkörperten Staatsidee bilden.

Ja den Freiheitsrechten der schweizerischen Bundesverfassung kommt solches Gewicht zu, daß in der freiheitlichen Ordnung, die sie grundsätzlich konstituieren, schlechthin die Ratio des schweizerischen Staatslebens erblickt werden kann. Und damit hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Prinzip dieser freiheitlichen Ordnung Geltung für die Gesamtheit des durch die Bundesverfassung konstituierten Staatslebens.

²⁴ Kägi, a.a.O., S. 160 f.

Dritter Teil

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes

Im ersten Teil dieser Arbeit galt es, den Begriff des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufzuzeigen. Dabei konnte nur seine Form oder Struktur als allgemeingültig herausgestellt werden, nicht aber sein Inhalt, der als variabel anzunehmen ist. Dann war in einem zweiten Teil dem Grundsatz ein bestimmtes Verhältnismaß einzusetzen und vom allgemeinsten zum besondern fortschreitend der Grundsatz aus Moral und Recht, und schließlich als ein Prinzip des Rechtsstaates und der schweizerischen Bundesverfassung zu begründen. In einem dritten Teil ist nun anhand der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes ein konkreter Inhalt im Grundsatz darzulegen.

Gleich wie die Freiheitsrechte, die wegen ihres abstrakten allgemeinen Inhaltes zur Anwendung auf den Einzelfall eingehender inhaltlicher Konkretisierung bedürfen, so erhält auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erst durch die Anwendung auf den Tatbestand einen konkreten Inhalt.

Wenn in dieser Frage im folgenden vorab die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Handels- und Gewerbefreiheit untersucht wird, so hat das seinen doppelten Grund: Nur in der Rechtsprechung zur Handels- und Gewerbefreiheit hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entscheidende Bedeutung erlangt. Zudem bieten die vielen Entscheide in der gleichen Materie am ehesten ein abgerundetes Bild, auf die sich eine gewisse Systematik aufbauen läßt.

Im folgenden wird so vorgegangen: In einer mehr kasuistischen Darstellung sollen einmal die Entscheide des Bundesgerichtes aufgeführt werden, in denen Theorie und Praxis den Grund-

satz der Verhältnismäßigkeit verwirklicht sehen, ohne daß dazu schon kritisch Stellung genommen wird. Es lassen sich auf diese Art erste Anhaltspunkte — vielleicht die entscheidenden für die Praxis — gewinnen; zugleich kann damit ein gewisser Ueberblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichtes vermittelt werden. Darauf soll erst untersucht werden, was die Verhältnismäßigkeit eigentlich ausmacht, wo eine Verhältnismäßigkeitspraxis im Tatbestand anknüpfen muß. Und abschließend kann man sich fragen, wo und inwieweit das Bundesgericht überhaupt den Grundsatz verwirklicht hat. Praktische Bedeutung hat diese Frage insbesondere im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 4 BV. Bringt auch dort das Bundesgericht, wie man annimmt¹, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Anwendung, oder handelt es sich dabei um das bloße Verbot des Uebermaßes? Und weiter kann man sich fragen, in welchem Grade das Bundesgericht den Grundsatz verwirklicht. Ueberprüft es nur die Verhältnismäßigkeit des Mittels oder auch diejenige von Mittel und Zweck?

§ 7. Kasuistik der Entscheide

Soll die Mannigfaltigkeit der Entscheide, in denen das Bundesgericht eine Maßnahme als unverhältnismäßig rügt, wirklich ans Licht treten, so muß versucht werden, sie von möglichst vielen Gesichtspunkten aus zu gliedern. Dabei ist unvermeidlich, daß ein Gesichtspunkt den andern nicht völlig ausschließt, daß ein Entscheid nicht nach dem einen oder andern Kriterium eingereiht werden könnte.

Was zieht nun das Bundesgericht in Betracht? Einmal stellt es auf die Rechtsform ab, in die ein polizeilicher Eingriff gekleidet ist. Denn von der juristischen Form einer Maßnahme hängt ganz eminent ihre Tragweite ab. Ob z. B. ein Verbot als ein abso-

¹ Giacometti, Gutachten vom 5. Sept. 1949 über die Auslegung des Art. 17 AHV. «Das Bundesgericht hat dieses Prinzip (Grundsatz der V.) für das Gebiet des Polizeirechts zur Geltung gebracht und es aus Art. 4 und 31 der BV abgeleitet.»

lutes oder nur bedingtes ergeht, ist für die Frage seiner Verhältnismäßigkeit sehr bedeutsam. Des weitern überprüft das Bundesgericht den Inhalt einer Maßnahme. Und zwar untersucht es diese im Hinblick auf ihren Umfang. Ist die Maßnahme bezüglich des Gegenstandes, den sie ordnet, zu extensiv? Trifft zum Beispiel ein Verbot eine gewerbliche Tätigkeit schlechthin oder nur eine bestimmte Art der Gewerbeausübung? Neben der Extensivität des Eingriffs scheint dann vor allem seine Intensität von Belang. Wie tief geht der Eingriff? Schließlich prüft das Gericht auch die Art des Vorgehens. Es untersucht, ob die Behörde nicht gleich mit einem sehr drastischen Mittel eingreift, sondern die zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend dosiert und die schärfste Maßnahme als ultima ratio spart.

I. Nach der Rechtsform

Die Schwere eines Eingriffs hängt entscheidend ab von der Rechtsform, vom juristischen Gewand der Maßnahme. Ein Gebot, das zu positiver Leistung verpflichtet, ist meist einschneidender als ein Verbot, und doch kann unter Umständen in beiden Formen der gleiche Zweck erreicht werden¹. Noch augenscheinlicher ist der Unterschied zwischen einem unbedingten Verbot und einem bedingten im Sinne von einschränkenden Bedingungen. Es wird z. B. eine gewerbliche Tätigkeit nicht rundweg verboten, sondern es werden nur einschränkende Bedingungen aufgestellt. Ebenso ist ein absolutes Verbot schwerwiegender als ein relatives, das unter Umständen Ausnahmen vorsieht. In gleicher Weise wirkt ein präventiver Eingriff, der schon auf die abstrakte Gefahr hin erlassen wird, einschneidender als ein repressiver, der erst die konkrete Gefahr trifft. Auch kann der Mißgriff der Behörde in der Wahl des Rechtsinstitutes als Ganzem liegen. So ist es von großer Bedeutung für die Schwere einer polizeilichen Maßnahme, ob z. B. eine gewerbliche Tätigkeit monopolisiert

¹ Walter Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, S. 293. «Das Gebot ist unzulässig solange das Verbot ausreicht. Denn das Verbot ist immer der geringere Eingriff in die Freiheitssphäre des Untertans.»

oder nur vom Bedürfnis oder gar von einer Polizeibewilligung abhängig gemacht wird.

1. bedingtes — unbedingtes Verbot²

Als unzulässig erachtet das Bundesgericht ein unbedingtes Verbot des Inverkehrbringens einer Eutersalbe „Tetinol“, „wenn der damit verbundenen Gefahr der unrichtigen Verwendung durch eine entsprechende Gebrauchsanweisung vorgebeugt werden kann.“

BGE 52 I 227

„Es ist nun zweifellos wünschenswert, daß ein Mittel, dem keine Heilwirkung zukommt, nicht gegen Krankheiten verwendet wird, die infolgedessen mangels richtiger Behandlung fortschreiten und unheilbar werden. Dieser Gefahr wird aber hinreichend vorgebeugt, wenn der Fabrikant verpflichtet wird, auf der Verpackung, in Prospekten, Inseraten und so weiter die ausschließliche Verwendung des Präparates anzugeben und allenfalls ausdrücklich zu vermerken, daß ihm diese oder jene Wirkung nicht zukomme. Die Vertriebsbewilligung für das Tetinol kann deshalb an die Bedingung geknüpft werden, daß ausdrücklich bemerkt werde, die Salbe erleichtere nur das Ausmelken der Kühe. Das gänzliche Verkaufsverbot dagegen geht über das nach Art. 31 lit. e BV Zulässige hinaus.“

Ebenso erachtet es das Bundesgericht als unstatthaft, daß dem Eigentümer verschiedener Geschäfte der gleichen Branche, der eines davon wegen defizitären Geschäftsganges durch Totalausverkauf liquidieren möchte, dies wegen der Gefahr der Warenverschiebung unbedingt verboten wird.

² Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 232. «Es kann sein, daß eine Einrichtung oder Tätigkeit des Einzelnen an sich noch in der gesellschaftlichen Ordnung liegt und störend nur wird durch die besondere Art und Weise der Ausführung. Solcher bedingten Schädlichkeit entspricht nicht das unbedingte Verbot. Die Polizeigewalt kann nur bedingt verbieten, wenn nicht die nötigen Vorkehrungen getroffen sind; oder sie gebietet geradezu nur diese Zutaten, ohne zunächst den Bestand des Unternehmens selbst in Frage zu stellen. Das Gleiche wird der Fall sein, wenn der vorwiegenden Polizeiwidrigkeit statt durch Vernichtung und Unterdrückung auch schon durch leichtere Veränderungen des gegenwärtigen Zustandes abgeholfen werden kann.»

Jellinek, a.a.O., S. 293 «Die Polizei darf nicht unbedingt befehlen, wo ein Befehl mit gewissen Maßgaben ausreicht.»

„Le Conseil d'Etat se retranche derrière les abus que comporte l'autorisation de liquider l'un d'entre plusieurs commerces du même négociant. Il relève en particulier la possibilité que l'on fasse passer des marchandises d'un magasin dans l'autre et réapprovisionne ainsi le stock, contrairement aux prescriptions de la loi. Ce danger existe, il est vrai, mais il ne justifie pas l'interdiction absolue de la liquidation. L'Etat a d'autres moyens de parer aux abus. L'art. ... lui permet de tempérer la rigueur excessive de l'art. ... et d'autoriser la liquidation en la subordonnant à certaines conditions adéquates au but visé: inventaire des marchandises à liquider et leur désignation d'une façon spéciale et apparente; sanctions en cas de contravention à la défense d'alimenter la vente par des marchandises qui n'ont pas été inventoriées; amende et retrait de l'autorisation; peut-être aussi dépôt d'une caution³.“

2. relatives — absolute Verbot

Des weitem untersucht das Bundesgericht, ob nicht an Stelle eines absoluten Verbotes ein relatives genügen würde, ein Verbot also, das nach Umständen Ausnahmen vorsieht und nicht durch seine allgemeine Fassung zu weit geht. So stellt das Gericht in der Frage der Zulässigkeit politischer Umzüge nachts und Versammlungen im Freien wesentlich darauf ab, ob das Verbot nur als ein relatives gemeint sei.

BGE 61 I 108

„Als oberster Hüter der öffentlichen Ordnung und Sicherheit glaubte der Regierungsrat, daß mit Rücksicht auf die äußerst gespannten politischen Verhältnisse, speziell in der Stadt Zürich, ein Verbot der gedachten nächtlichen Veranstaltungen im allgemeinen Interesse nötig sei. Es folgt aus dieser Motivierung des Verbots, daß es nicht als ein dauerndes gemeint ist, sondern wieder aufgehoben werden soll, sobald eine deutliche Entspannung der Lage eingetreten sein wird, dergestalt, daß Ruhestörungen anlässlich solcher nächtlicher politischer Manifestationen nicht mehr zu befürchten sein werden.

³ Ferner: Salis II 780: Sicherheitsmaßregeln statt unbedingtes Bauverbot für eine Dynamitfabrik. Salis II 791: Unzulässig das unbedingte Verbot der Vermischung von Speisefetten mit Butter zu Handelszwecken; der Lebensmittelkontrolle ist Genüge getan mit einem beschränkten Mischverbot.

Das Verbot ist auch kein absolutes; die zuständige Gemeindebehörde kann Ausnahmen bewilligen. Die Gemeindebehörde, die den Verhältnissen nahesteht, ist ja am besten in der Lage, zu beurteilen, ob eine beabsichtigte Manifestation Bedenken erregt vom Standpunkt der Wahrung der öffentlichen Ordnung aus. Sie hat über die Zulassung im einzelnen Falle zu entscheiden.“

Unstatthaft ist ein Verbot, das ganz allgemein alleinstehende Frauen, wegen der Befürchtung sittlicher Verfehlungen, von der selbständigen Wirtschaftsführung ausschließt.

Salis II 962 II

„Die Kantone sind befugt, die Erteilung einer Wirtschaftsbewilligung von sehr strengen Voraussetzungen hinsichtlich der persönlichen Eigenschaften der Bewerber abhängig zu machen. Unzweifelhaft steht ihnen auch das Recht zu, diese Verhältnisse mit aller Strenge zu prüfen, wenn die Patentbewerbung von einer Frauensperson ausgeht. Eine Bestimmung aber, die im allgemeinen jede alleinstehende Frauensperson von der Wirtschaftsführung ausschließt, rechtfertigt sich nach dem strengsten Maßstabe der persönlichen Qualifikation nicht, und es ist nicht möglich, dieselbe mit Artikel 31 lit. c der BV zu rechtfertigen⁴.“

3. *provisorisches — definitives Verbot*

Wesentlich fällt ins Gewicht, ob eine Maßnahme definitiven oder nur provisorischen Charakter hat, ob sie befristet oder unbefristet ist. Eine endgültige Regelung ist in ihren Auswirkungen ungleich schwerer als eine nur vorübergehende.

Einem „Herboristen“ darf wegen illegaler Medizinausübung nur dann die Bewilligung zur weiteren Ausübung seines Berufes definitiv entzogen werden, wenn ein vorübergehender Entzug zur Beseitigung der Gefahr nicht genügen würde.

BGE 71 I 87

„Dans le cas particulier, le Conseil d'Etat avait la faculté, . . . , de prononcer la radiation à titre temporaire ou à titre définitif. Il ne devait s'arrêter à cette seconde solution que si une interdiction limitée n'était pas suffisante du recourant. Toute-

⁴ 55 I 235. Ein Verbot des Hissens der roten Fahne ist nur dann zulässig, wenn es nicht als absolutes gemeint ist.

fois il faut reconnaître à l'autorité administrative appelée à faire ce choix une certaine liberté d'appréciation. Le juge constitutionnel ne peut intervenir que si elle excède son pouvoir ou en abuse. Tel n'est pas le cas en l'espèce — si durement que la mesure prise puisse frapper le recourant.

En effet, celui-ci avait déjà encouru, en 1935 et 1938, deux condamnations pour exercice illégal de la médecine. L'autorité cantonale pouvait évidemment tenir compte de ces condamnations pour apprécier si un simple avertissement ou une suspension temporaire suffirait à détourner l'intéressé d'enfreindre à nouveau l'interdiction de vendre des herbages mélangés. D'autre part, comme le relève le Conseil d'Etat dans son arrêté et dans sa réponse, le recourant avait été dûment averti que la vente d'un remède contre le cancer lui était interdite, qu'il faisait acte médical en le prescrivant et que, vu ses anciennes condamnations, il s'exposait à des inconvénients s'il contrevenait de nouveau à la loi. Malgré ces avertissements, le cas ... a rélévé que le recourant continuait à proposer son remède. On comprend alors que le Conseil d'Etat n'ait pas attaché foi à la promesse faite par ... qu'il ne traiterait plus des malades. Le recourant paraît si persuadé de l'excellence de son remède qu'on ne peut guère s'attendre qu'il renonce à le prescrire tant qu'il sera établi comme herboriste⁵.

4. repressive — präventive Maßnahme

Ist mit einer repressiven Maßnahme auszukommen, die nur die konkrete Polizeiwidrigkeit trifft, so ist von einer präventiven abzusehen, die schon der rein möglichen abstrakten Gefahr begegnet und aus diesem Grunde als viel schwerer wiegend anzusehen ist⁶. Vor allem verlangt das Bundesgericht, daß an Stelle eines vorsorglichen Verbotes, soweit zumutbar, eine stren-

⁵ Ferner: 63 I 222: Unzulässig definitives Verbot der Verwendung einer Baggermaschine, die zu Zeiten der Arbeitslosigkeit im Wallis einen Volksauflauf bewirkt hatte ... siehe II 1 b.

61 I 108: In gleicher Weise untersucht das Bundesgericht in dem unter Ziff. 2 erwähnten Entscheide betr. politische Umzüge nachts, ob das Verbot als ein dauerndes oder vorübergehendes gemeint ist.

ZBl 1947, S. 368: Entscheid des Basler Verwaltungsgerichtes vom 28. März 1947: «Beim Entzug der Bewilligung zum Betrieb eines Hotel-Restaurants wegen verbotenen Glückspiels ist die Bewilligungssperre in angemessener Weise zu befristen.»

⁶ Müller, Ueber Präventivpolizei, S. 103 f. Bietenholz, Gewerbeschutz im Verhältnis zur Handels- und Gewerbebefreiheit, S. 28.

ge Kontrolle der Polizei zu treten habe. Erst wenn tatsächlich eine Ordnungswidrigkeit vorliegt, kann die Polizei einschränkende Bedingungen aufstellen und mit Strafen und Verboten einschreiten.

Der hausiermäßige Verkauf von zum voraus verpackten Waren zu Einheitspreisen, wobei Preisschwankungen durch Gewichtsänderungen ausgeglichen werden, darf trotz der abstrakten Gefahr der Täuschung des Publikums bezüglich Qualität, Maß und Gewicht der Ware nicht zum vornherein verboten werden:

BGE 57 I 111

Die kantonale Polizeidirektion stützt sich vielmehr in ihrer Antwort auf die Beschwerde ausschließlich auf die besondern Modalitäten des Verkaufs selbst, wie sie von der Rekurrentin geübt werden, nämlich auf die Abgabe von Waren in schon verpacktem Zustande zu Einheitspreisen für das Paket der gleichen Warengattung, wobei die Schwankungen der Einkaufspreise nicht durch eine entsprechende Aenderung der Verkaufspreise, sondern des Gewichts der Pakete Rechnung getragen werde, indem sie geltend macht, daß dadurch beim Straßenabsatz Täuschungen des Publikums über Qualität, vor allem über Maß und Gewicht der Ware möglich gemacht und erleichtert würden. ... Auch wenn die erwähnte Gefahr allgemein gesprochen (wor-auf es ankommt) bestehen mag, so ist sie doch augenscheinlich nicht derart, daß ihr nicht durch eine strenge bei den Verkaufswagen periodisch ausgeübte polizeiliche Kontrolle, sei es der Qualität, sei es der angegebenen Maße und Gewichte der Flaschen und Pakete und durch allfälligen Patententzug bei festgestellten Verfehlungen wirksam entgegengetreten werden könnte.“ und S. 110: „Damit ein gänzliches Verbot des Verkaufs der betreffenden Waren auf diesem Wege, nicht nur eine besonders strenge polizeiliche Kontrolle desselben als zulässig angesehen werden können, müßte infolgedessen dargetan werden können, daß mit der Zulassung dieser Verkaufsart Gefahren für die Allgemeinheit verbunden wären, denen auf andere Weise nicht wohl oder doch nur mit Schwierigkeiten begegnet werden könnte, auf die sich einzulassen den Behörden nicht zuzumuten ist⁷.“

⁷ 63 I 230 ähnlich: unzulässig Verbot des Verkaufssystems der Uniprix, dagegen einschränkende Bedingungen, Kontrolle, Patententzug.

53 I 427: Unstatthaft Bewilligungsverweigerung für Führung einer Kostgeberei wegen der abstrakten Gefahr des Ausschanks von Alkohol an Dritte. Dieser Gefahr kann durch Kontrolle genügend begegnet werden.

5. Schließlich kann in der Wahl des Rechtsinstitutes als Ganzem der Mißgriff der Behörde liegen. Als Institute des Verwaltungsrechts sind Rechtsformen zu begreifen, in die Maßnahmen der Verwaltung regelmäßig immer wieder gekleidet werden, die dadurch eine gewisse Typisierung erlangen und die dem Gegenstande nach, den sie ordnen, sich als Ganzes, als eine Einheit darstellen⁸.

Bekannte Rechtsinstitute im Gewerberecht sind Polizeierlaubnis, Bedürfnisklausel und Polizeimonopol. Sie bieten zugleich auch eine sehr illustrative Skala für die verschiedene Eingriffsschwere polizeilicher Beschränkungen. Demnach ist die Polizeierlaubnis als die leichteste, das Monopol als die schwerste Beschränkung der Gewerbefreiheit anzusprechen. Und daran wird auch offenbar, welche Bedeutung der Wahl des entsprechenden Rechtsinstitutes für die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs zukommt.

Als historische Reminiszenz sei erwähnt, daß um die Jahrhundertwende, als gegen die zahlreichen und unnötigen Polizeimonopole der Gemeinden oft Klagen laut wurden, der Schutz des Bundesrates gegen diese Uebergriffe in die Gewerbefreiheit sehr oft versagte. Man denke nur z. B. an die von ihm zugelassene Monopolisierung des Kaminfeger- und Friedhofgärtnergewerbes⁹. Die Haltung des Bundesrates und später des Bundesgerichtes ist vielleicht mit Rücksicht auf lange Duldung und alte Ueberlieferung begreiflich^{10 11 12}.

Von erneuter Aktualität ist die Frage nach dem entspre-

⁸ Vgl. Walter Burckhardt, *Methode und System des Rechts*. S. 60 f., 107. Otto Mayer, a.a.O., S. 116 f.

⁹ Vgl. Ludwig Frank, *Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung*, S. 35. Bietenholz, a.a.O., S. 29.

¹⁰ Burckhardt, *Kommentar zur Bundesverfassung*, S. 232.

¹¹ Mit Vehemenz greift Fleiner einen Entscheid aus den 20er Jahren an, in dem das Bundesgericht das faktische Monopol eines Gemeindeelektrizitätswerkes schützt, das sich vorbehält, Belieferung und Hausinstallation selbst vorzunehmen. Dabei versagt das Bundesgericht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit formell die Anwendung. — Schweiz. Bundesstaatsrecht 1923, S. 382, Anm. 27, «zum abscheulichen Exempel» ... BGE 47 I 242.

¹² Vgl. auch Walter Jellinek, der gegen die Fäkalien-, Müllabfuhr- und Kloakenmonopole sowie gegen Fleischvernichtungsanstalten und Friedhofämter ins Feld zieht: «Die zu beantwortende Frage ist einfach die: ist es polizeiwidrig, wenn der Bürger seinen Kehrriht von einem Privatunternehmen abholen läßt, statt von einer staatlichen Anstalt?» a.a.O., S. 295.

chenden Rechtsinstitut, seit der Bund durch die neuen Wirtschaftsartikel ermächtigt ist, auch aus wirtschaftspolitischen Gründen in die Gewerbefreiheit einzugreifen. Wenn schon der Staat eine Regelung trifft, dann kommt es noch sehr darauf an, in welcher Rechtsform er das tut^{13 14}.

Als unzulässig erachtet es das Bundesgericht, die Ausübung des Coiffeurgewerbes von einer Polizeierlaubnis (Patent) abhängig zu machen. Es hält weniger weitreichende Maßnahmen zum Schutze des Publikums vor gesundheitlichen und moralischen Gefahren für genügend.

BGE 70 I 147

„L'intimé allègue dans son mémoire que l'exercice de la profession de coiffeur ferait courir au public certains dangers, tant corporels que moraux, qui proviendraient essentiellement du fait que le coiffeur entre en contact physique étroit avec la clientèle, ce qui peut être dangereux s'il est moralement dépravé, atteinte d'une maladie mentale ou d'une affection contagieuse. En outre, certains dangers corporels seraient créés par l'emploi nécessaire d'appareils ou de substances dont l'application exige des qualités et des connaissances spéciales. Mais rien, dans le rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil relatif au projet de la loi, ni dans la réponse au recours, ne permet de croire que des dangers soient particulièrement grands pour la profession de coiffeur ou qu'on ne pourrait y parer par des mesures moins graves que l'introduction de la patente. L'intimé, du reste, présente la loi . . . (Gesetz, das eben das Patent vorsieht) surtout sous son aspect de mesure ressortissant à la police de santé et allègue qu'il s'agit avant tout d'obliger les coiffeurs à exercer leur profession dans des condi-

¹³ Genügt zum Beispiel ein gewerbepolitischer Fähigkeitsausweis zur Sanierung eines Gewerbes, so darf nicht die Bedürfnisklausel eingeführt werden. Marti, a.a.O., S. 160.

¹⁴ Ein klassisches Beispiel für den Uebergriff im Rechtsinstitut sind auch die Gewerbekonzessionen. Der Staat errichtet zuerst ein Monopol, entzieht also ein Gewerbe der Privatwirtschaft und überläßt es dann auf dem Wege der Konzession doch wieder einzelnen privilegierten Privaten.

«Sind hinreichende Gründe für die Verstaatlichung eines Gewerbes vorhanden, so heißt das, daß es im öffentlichen Wohl liegt, wenn die bisher private Tätigkeit durch staatliche Tätigkeit ersetzt wird. Es ist deshalb im Widerspruch zum Gedanken des öffentlichen Wohles, wenn der Staat hernach im Wege von Konzessionen die Ausübung des Monopols wieder den Privaten überläßt. Schließt das öffentliche Wohl die private Tätigkeit nicht aus, so sind auch keine hinreichenden Gründe für die Monopolisierung vorhanden.» Marti, a.a.O., S. 230.

Vgl. Walter Burckhardt, Kommentar zur Bundesverfassung, S. 231 f.

tion d'hygiène satisfaisantes. Mais, sur ce point également, des mesures moins graves que l'introduction de la patente suffiraient à assurer la surveillance nécessaire, . . .¹⁵."

II. Nach dem Inhalt

Neben der Rechtsform einer Maßnahme ist für die Frage ihrer Verhältnismäßigkeit ihr Inhalt bedeutsam. Zur mehr formalen Betrachtung hat noch eine inhaltliche zu treten. Es wird dabei also nicht mehr darauf abgestellt, welche Rechtsform die Maßnahme aufweist, sondern welches ihr konkreter Inhalt ist. Wie aber im Recht Form und Inhalt nicht schlechthin zu trennen sind, so schließen sich auch diese Betrachtungsweisen nicht aus. Gesondert vermitteln sie aber beide neue Einblicke.

Inhaltlich gesehen kann eine Maßnahme zu extensiv oder zu intensiv erscheinen. Zu extensiv ist sie dann, wenn sie ihrem Umfange nach zu weit gesteckt ist. Und zwar erweist sie sich zeitlich, im Hinblick auf ihre Dauer, oder sachlich, dem Gegenstande nach, den sie ordnet, als zu umfassend. Als zu intensiv erscheint eine Maßnahme im Hinblick auf die Tiefe des Einwirkens in den Freiheitsbereich des Bürgers. Das eine Mal geht die Betrachtung in die Horizontale, das andere Mal in die Vertikale.

1. Extensität des Inhalts

Eine Maßnahme ist dann zu extensiv, wenn sie dem Gegen-

¹⁵ Ferner: Salis II S. 513. Es ist unzulässig, eine gewerbliche Tätigkeit zu einem Amt zu stempeln, wenn weniger einschneidende polizeiliche Maßnahmen genügen. Vgl. Burckhardt, a.a.O., S. 231.

65 I 72: Die Aufsicht über die Liegenschaftsagenten darf nicht einem privaten Verein übertragen werden, da die Ausübung durch eine Verwaltungsbehörde weniger spürbar wäre und geringere Nachteile mit sich bringen würde.

60 I 123: Verbot oder Vorzensur einer aufrührerischen Zeitung als Frage der Verhältnismäßigkeit.

57 I 168: Der numerus clausus für Hausierpatente ist unzulässig, auch bei der Gefahr, die eine zu große Zahl der Hausierer für das Publikum mit sich bringt (Zudringlichkeit, Bettel). Die Behörde kann eine verschärfte polizeiliche Kontrolle anordnen, die Fehlbaren bestrafen und ihnen das Patent entziehen.

48 I 459, 57 I 376, 59 I 263: Mißbrauch der Totalausverkaufsbewilligung. Strafe statt Verbot der Weiterführung des Betriebes.

71 I 249: Patentpflicht statt Wohnsitzzwang für Geschäftsagenten genügt zur Kontrolle.

stande nach oder in der Zeit mehr umspannt, als sich aus Zweck und Umständen rechtfertigen läßt.

a) sachlich, dem Gegenstande nach ist die Maßnahme zu umfassend, wenn sie mit dem Polizeiwidrigen auch das Erlaubte verbietet.

Die Polizei hat eine Ausscheidungspflicht. Sie muß den Gefahrenknäuel entwirren, darf davon nur verbieten, was polizeiwidrig ist. Oft genügt es, um die Gefahr zu bannen, eine bestimmte Art der Gewerbeausübung zu verbieten; die Tätigkeit als solche zu verbieten ginge zu weit¹⁶.

Das Bundesgericht hält in einem Entscheid fest, daß eine gesetzliche Bestimmung, wonach allgemein der Betrieb von Kinematographentheatern in unmittelbarer Nähe von Schulhäusern, wegen der Befürchtung eines schädlichen Einflusses auf die geistige Verfassung der Schüler, verboten wird, die Gewerbefreiheit verletzt. Zulässig erscheint dagegen das Verbot der Reklame für solche Theater nahe bei Schulhäusern.

BGE 53 I 269

„Der Betrieb eines Kinematographentheaters an sich mag nun wohl da einen solchen schädlichen Einfluß auf die geistige Verfassung schulpflichtiger Kinder auszuüben und damit Lehr- und Erziehungszweck der Schule ungünstig zu beeinflussen geeignet sein, wo das Kinotheater als solches eine die Aufmerksamkeit der Jugend auf sich ziehende Erscheinung ist oder wo es sich in ein von ähnlichen Betrieben freies Quartier eindrängen will. Das ist in den Vierteln einer großen Stadt mit geschlossener Bauweise nicht der Fall. Einmal werden die Kinder, die ein in einem solchen Quartier gelegenes Schulhaus besuchen, auf ihrem Schulweg stets an gleichen oder ähnlichen Betrieben vorüber kommen und sodann ist die städtische Jugend an die Kinematographentheater so gewöhnt, daß es hinsichtlich des Einflusses auf ihr Denken und ihre Phantasie auf die mehr oder weniger große Entfernung eines solchen Theaters vom Schulhaus nicht ankommt. In solchen Verhältnissen kann sich daher eine ungünstige Einwirkung auf die schulpflichtige Jugend nur aus der mit dem Kinematographenbetrieb verbundenen Nebenerscheinung einer Reklame durch Aushängen von Anzeigen, Bildern und dgl. und durch Ausrufen usw. ergeben, wie denn auch der Regierungsrat im ange-

¹⁶ Otto Mayer, a.a.O., S. 232: «Es kann sein, daß eine Einrichtung oder Tätigkeit des Einzelnen an sich noch in der gesellschaftlichen Ordnung liegt und störend nur wird durch die besondere Art und Weise der Ausführung.»

flichten Entscheidung und in der Antwort den Einfluß der Reklame auf die Jugend als Grund der Bestimmungen von § . . . , soweit sie die Schulhäuser betreffen, angibt. Das ist es in der Tat, was störend und hemmend auf den Lehr- und Erziehungszweck der Schule einzuwirken geeignet ist und deshalb im öffentlichen Interesse von der Schule ferngehalten werden darf, während sich das Verbot des Betriebes als solchen in derartigen Verhältnissen durch ein öffentliches Interesse nicht rechtfertigen läßt.

Dagegen kann zum Schutze der das Steinenschulhaus besuchenden Jugend verlangt werden, daß auf der dem Schulhaus zugekehrten Seite und zwar nicht nur an der Fassade des zu erstellenden Gebäudes, sondern auch in dem nach dem Schulhaus hin offenen Vorraum und an den Fassaden der Nebengebäude jede Reklame unterlassen werde, was richtigerweise in der Form einer Bedingung der Bewilligung zu geschehen hat. Mit einer solchen nicht den ganzen Betrieb unterbindenden, sondern nur die Art der Ausübung in gewissem Maße beschränkenden Maßnahme, wird das öffentliche Interesse, dem § . . . des Gesetzes dienen will, in genügender Weise gewahrt . . .¹⁷“

Die Polizei darf nicht Anforderungen stellen, die im Gegenstande, den sie betreffen, nicht mehr eine genügende Begründung finden. Das trifft vor allem zu in der Frage der Erfordernisse für die Erteilung einer Polizeierlaubnis. Das Bundesgericht spricht in diesem Sinne von überspannten Anforderungen. So erachtet es das Bundesgericht als überspannt, an den Betrieb einer Sportwirtschaft die gleichen Anforderungen zu stellen wie an den einer regulären.

BGE 51 I 386

„Die Verpflichtung, im Wirtschaftsgebäude zu wohnen, mag sich für die Inhaber oder Leiter von täglich ohne Unterbruch geöffneten Betrieben im Interesse einer gehörigen Aufsicht recht-

¹⁷ Salis II 767: Unstatthaft gänzliches Verbot des Handels mit Prämienwerten. Zulässig ist nur das Verbot besonders zu Prellereien Anlaß bietender Formen.

Salis II 886: Kein grundsätzliches und allgemeines Verbot des Hausierhandels. Gerechtfertigt ist aber ein Verbot des Hausierens mit leicht entzündlichen Stoffen und Giften.

Entscheidung des Basler Verwaltungsgerichtes vom 28. März 1947, Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung von 1947, S. 368: Wegen verbotenen Glückspiels darf nicht der ganze Hotelbetrieb verboten werden, lediglich der Restaurationsbetrieb, in dem die Spiele stattfanden.

fertigen; aber bei Wirtschaften auf Sportplätzen, die nur ab und zu, zum Beispiel Samstags und Sonntags, während gewisser Stunden geöffnet sind, wird sie durch das Interesse an der Wahrung der öffentlichen Ordnung keineswegs gefordert. Und ebensowenig erscheint es im Interesse hieran stets als geboten, daß der Patentinhaber die Wirtschaft auf eigene Rechnung betreibt; sondern es genügt unter Umständen, daß er tatsächlich deren Leiter ist, zumal dann, wenn die Wirtschaft auf Rechnung einer juristischen Person betrieben und einer solchen grundsätzlich kein Patent erteilt wird.

In der Beschwerdeantwort wird noch darauf hingewiesen, daß die Räume auf dem Sportplatz den gesetzlichen Anforderungen, speziell den Vorschriften über die Bodenfläche und die Höhe der Wirtschaftslokale nicht entsprechen. Es ist aber klar, daß es eine über die Sorge für die öffentliche Ordnung und Gesundheit hinausgehende Ueberspannung dieser Erfordernisse bildet, in einem Fall wie dem vorliegenden, wo der Genuß der Getränke und Speisen hauptsächlich im Freien stattfindet und die vorhandenen geschlossenen Räume nicht für ununterbrochenen stundenlangen Aufenthalt von Gästen bestimmt sind, deren Erfüllung zu verlangen¹⁸.“

b) zeitlich. Wie bereits dargelegt wurde, stellt das Bundesgericht darauf ab, ob eine Maßnahme definitiv oder provisorisch, befristet oder unbefristet ergeht. Hier nun ist der Gesichtspunkt ein weiterer, einfach der der zeitlichen Dauer eines Erlasses und seine Verhältnismäßigkeit in der Zeit¹⁹.

In der Frage des Verbotes der Verwendung einer Baggermaschine, die zu Zeiten der Arbeitslosigkeit einen Volksauflauf hervorgerufen hatte, macht das Bundesgericht, abgesehen davon, daß gewerbepolitische Maßnahmen vor BV 31 keinen Bestand haben und polizeiliche Maßnahmen sich in erster Linie gegen den Störer richten müssen, die Rechtmäßigkeit des Eingriffs von der richtigen Lösung der Frage nach der zeitlichen Dauer abhängig:

¹⁸ BGE 43 I 20: Ueberspannung der Erfordernisse, die zur Erneuerung eines Wirtschaftspatentes an den Leumund gestellt werden.

BGE 51 I 293: Ueberspannung des Erfordernisses der staatlichen Bewilligung für den Wertpapierhandel für auswärts ansässige Wertpapierhändler.

¹⁹ Walter Jellinek, a.a.O., S. 286: «Ueberhaupt läßt sich auf diesem unsicheren Gebiete nur soviel allgemein sagen, daß die Polizei Störungen der Ordnung meist nicht unbedingt verbieten kann, sondern bestenfalls mit Beschränkung auf bestimmte Tage, Tageszeiten oder auf eine bestimmte Dauer.»

„A la rigueur, les pouvoirs publics auraient pu contraindre le recourant à renoncer momentanément à l'emploi de sa machine si le caractère inopiné de l'effervescence populaire et la violence du mouvement de protestation les avaient mis dans l'impossibilité de prévenir autrement des désordres. Il ne se serait alors agi que de faire disparaître la cause d'une excitation injustifiée jusqu'au retour du calme ou jusqu'à ce que les autorités aient pu prendre les mesures nécessaires pour maintenir l'ordre et garantir la liberté du travail. ...

Mais, même si le Conseil communal avait pu craindre de ne pouvoir, momentanément, assurer au recourant la protection qui lui était due et empêcher les désordres, il n'avait en tout cas pas le droit de lui interdire définitivement, comme il l'a fait, l'emploi de la pelle mécanique. L'interdiction ne pouvait avoir qu'un caractère tout à fait momentané et devait être limitée au temps strictement indispensable au pouvoir public pour se rendre maître de la situation²⁰.“

2. *Intensität des Inhalts*

In seinen Entscheiden prüft das Bundesgericht des weitern die polizeilichen Maßnahmen unter dem Gesichtspunkt ihrer Intensität, nach der Tiefe ihres Einwirkens in den Freiheitsbereich des Bürgers und ob nach Zweck und Umständen sich ein so einschneidender Eingriff vor dem Freiheitsrecht noch rechtfertigen läßt. So hat das Bundesgericht beispielsweise entschieden, daß im Apothekergewerbe Minimaltarife im Gegensatz zu Maximaltarifen zum Schutze des kaufenden Publikums die Bewegungsfreiheit im Handel zu stark einengten, in keinem Verhältnis zu ihrem Zweck stünden und vor BV 31 nicht mehr verantwortet werden könnten²¹.

Ebenso erachtet das Bundesgericht das Verbot eines Geschäftsbetriebes als Sanktion für den Mißbrauch einer Ausverkaufsbewilligung als zu einschneidend:

BGE 48 I 459

„Wenn der Geschäftsinhaber die Bewilligung für einen gänz-

²⁰ In gleicher Weise untersucht das Bundesgericht das Verbot auf seine zeitliche Angemessenheit im oben erwähnten Entscheid (I, 2) betr. das Verbot nächtlicher politischer Umzüge. 61 I 108.

²¹ Salis II 850.

lichen Ausverkauf mißbraucht, indem er das Geschäft nach Ablauf der Liquidationsfrist weiterführt, so mag er dafür zur Verantwortung gezogen werden, wenn und soweit dafür die nötige rechtliche Grundlage gegeben ist. Aber der Weiterbetrieb selbst wird dadurch nicht zum Unerlaubten; ein Verbot, wie durch die in Ziffer . . . geforderte Erklärung dem Ausverkäufer auferlegt werden will, läßt sich nur als Strafe für die Widerhandlung gegen die gewerbepolizeilichen Bestimmungen über den Ausverkauf denken. Ein solches Verbot greift aber so tief in die Gewerbefreiheit ein und steht in seinen Wirkungen in einem derartigen Mißverhältnis zu der Verfehlung, daß es unmöglich als mit Art. 31 BV vereinbar angesehen werden kann . . .²²."

III. Nach dem Verfahren

Zur statischen Betrachtung hat nun noch eine dynamische zu treten. Denn die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme beurteilt sich nicht allein nach Rechtsform und Inhalt, sondern auch nach der Art, wie die Behörde vorgeht. Ein Eingriff darf also nicht nur im Querschnitt gesehen werden, ebenso bedeutsam ist für die Frage seiner Verhältnismäßigkeit, wie er sich im Längsschnitt ausnimmt. Die Schwere einer Maßnahme liegt oft nicht so sehr an dem, was diese anordnet, sondern wann und wie sie ergeht. Es kommt auf die Entwicklungslinie der polizeilichen Kraftentfaltung an.

1. Die Abfolge der Eingriffe

Die Mittel, die eine Behörde zur Bekämpfung einer Polizeiwidrigkeit zur Anwendung bringt, sind entsprechend zu dosieren. Gegen eine erstmalige, vorübergehende Polizeiwidrigkeit darf die Behörde nicht gleich mit dem schwersten Geschütz auffahren. Sie muß es zuerst mit gelindern Mitteln versuchen. Erst wenn

²² Gleich BGE 57 I 376; 59 I 263.

57 I 277: Verbot revolutionärer Versammlungen: «Dabei wird allerdings wohl verlangt werden dürfen, daß die verordnende Behörde sich in einem solchen Noterlasse bei Festsetzung der Strafsanktionen in einem gewissen angemessenen Rahmen hält und nicht Strafen vorsieht, die zu der Art der verbotenen Handlungen und der sonstigen Ordnung des Strafrechts im Kanton in einem offenbaren Mißverhältnis stehen.»

diese nicht zum Ziele führen, kann die Polizei zum radikalsten Mittel, der ultima ratio greifen.

So entschied das Bundesgericht, daß der Schließung eines Zoos wegen Verletzung der öffentlichen Sittlichkeit (ungenügende Einrichtungen, schlechter Unterhalt der Tiere) zuerst polizeiliche Kontrollen und Empfehlungen vorauszugehen haben. Erst wenn dies alles erfolglos bleibt, darf die Schließung angeordnet werden:

67 I 79

„Les mesures prises étaient adaptées aux circonstances. On ne saurait reprocher aux autorités cantonales d'avoir agi avec une rigueur exessive; pendant plusieurs mois, elles se sont bornées à intervenir par le moyen de contrôle de police, d'inspections et de recommandations. Il est évident, toutefois, que l'on ne pouvait exiger de la police qu'elle continue à contrôler journallement les repas des animaux. Lorsqu'il fut établi que les exigences concernant les installations et l'entretien du jardin zoologique restaient lettre morte, que les plaintes relatives à la nourriture des animaux recommençaient dès qu'étaient interrompus les contrôles de la police et que l'entreprise était, en raison de sa situation financière, dans l'impossibilité de remédier à un état de choses que l'autorité ne pouvait tolérer, la fermeture du JZ avec enlèvement ou éventuellement abattage des animaux s'imposait. Des délais suffisants ont d'ailleurs été accordés à l'entreprise pour prendre ses dispositions en conséquence. On ne voit pas que les autres mesures auraient pu entrer en ligne de compte²³.“

2. Die Wahl des Mittels

In erster Linie ist es Sache des Polizeipflichtigen, einen polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen. Wie er das tun will, ist unerheblich, wenn es nur wirksam geschieht. Die Polizei bezeichnet die Gefahr, der Pflichtige wählt die Mittel. Würde die Polizei den

²³ Vgl. auch 71 I 87 Bewilligungsentzug für «Herboristen» wegen illegaler Medizinausübung. s. I, 3. Ferner ZBl, Jahrg. 48, S. 367. Entscheid des Basler Verwaltungsgerichtes vom 28. März 1947: «Falls der Verwaltungsbehörde zur Erreichung ihrer Aufgabe verschiedene Mittel zu Gebote stehen, soll das härteste in der Regel in letzter Linie — nach erfolgloser Anwendung einer mildern Maßnahme — angewendet werden. . . . Der Entzug des Wirtschaftspatentes ohne vorausgegangene Androhung soll nur erfolgen bei krassem pflichtwidrigem Verhalten des Patentinhabers, durch welches der Betroffene als Wirt endgültig disqualifiziert erscheint. In weniger gravierenden Fällen hat zuerst eine Androhung des Patententzuges zu erfolgen.»

Pflichtigen auf ein bestimmtes Mittel beschränken, so wäre das ein Mehr an Eingriff, denn für ihn kann sich das eine oder andere taugliche Mittel sehr verschieden auswirken. Es ist dies ein alter Grundsatz des Polizeirechts: Die Wahl der Mittel ist dem Pflichtigen zu überlassen²⁴.

Darf nach kantonalem Gesetz eine Person, die nicht im Besitze eines Apothekerdiplooms ist, eine Apotheke weder selbständig führen noch durch einen diplomierten Verwalter führen lassen, so hält es das Bundesgericht trotzdem für unzulässig, eine Apothekerswitwe anzuweisen, ihre Apotheke zu veräußern, wenn auf andere Weise der polizeiwidrige Zustand behoben werden kann. Es steht ihr die Wahl offen, ob sie die Apotheke veräußern oder verpachten will:

45 I 143

„Die Regierung ist berechtigt, auf Beseitigung dieses Zustandes zu dringen, und sie kann, solange derselbe fortbesteht, die ihr zur Verfügung stehenden administrativen und strafrechtlichen Zwangsmittel anwenden. Aber sie geht zu weit und verletzt Art. 4 BV, wenn sie von der Rekurrentin unter Androhung der Schließung der Apotheke den Verkauf derselben verlangt, da sie auch auf andere Weise den Erfordernissen des Gesetzes Genüge leisten kann. . . . Dagegen muß ihr das Recht, die Apotheke zu verpachten, gewahrt und insoweit als dies nicht geschehen ist, der angefochtene Beschluß aufgehoben werden. Die Schließung der Apotheke darf also nur für den Fall stattfinden, daß die Rekurrentin sie nicht innert angemessener Frist verkauft oder einem patentierten Apotheker verpachtet.“

Ebenso ist es den Coiffeurmeistern selbst zu überlassen, an welchem Wochentag sie ihren Gehilfen frei geben wollen. Die Anordnung eines bestimmten freien Nachmittags ist unzulässig:

70 I 3

„Nach der Rechtsprechung des Bundesrates vor 1911 . . . und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes seit 1911 . . . sind Vorschriften über die Beschränkung der Arbeitszeit und über die Ruhetage mit Art. 31 BV grundsätzlich vereinbar. Es handelt sich hiebei um gewerbepolizeiliche Maßnahmen im Sinne von Art. 31 lit. e BV, die dem Schutze der öffentlichen Gesundheit dienen.“

²⁴ Vgl. § 1, I, 2, a. Walter Jellinek, a.a.O., S. 294, Alexander Voigt, a.a.O., S. 88. Wieland Schmid, Der Notstand im Polizeirecht, S. 93 f.

Polizeiliche Einschränkungen dürfen aber nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um den Zweck, durch den sie gedeckt sind, zu erreichen, ... Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der polizeilichen Eingriffe in die freie Gewerbeausübung wird aus Art. 31 BV abgeleitet.

Zweck der in der Stadt Schaffhausen angestrebten Regelung ist der Schutz der Coiffeurgehilfen hinsichtlich ihrer Arbeitszeit. Es geht sowohl aus den Vorgängen vor Erlass des Beschlusses (Stellungnahme der Berufsverbände, Eingabe an den Stadtrat), als auch aus diesem selbst hervor. Der Schutz wird namentlich angestrebt, weil die Gehilfen an den Abenden länger arbeiten müssen als Angestellte anderer Geschäfte. Der genannte Zweck erfordert aber die Einheitlichkeit des freien Nachmittags nicht. Der Schutz der Arbeiter durch den freien Halbttag an einem beliebigen Wochentag ist genau gleich wirksam, wie der Schutz durch einen einheitlichen Halbttag. Die erste Lösung bedeutet aber einen viel weniger großen Eingriff, als die zweite, weshalb hier eben der vom Bundesgericht ausgesprochene Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Polizeigewalt anwendbar ist²⁵.“

Nachdem die Entscheide des Bundesgerichtes, in denen nach allgemeiner Auffassung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Anwendung gelangte, nach Gesichtspunkten beleuchtet wurde, die für die Praxis entscheidend scheinen, ist nun im folgenden zu untersuchen, worauf es in der Frage der Verhältnismäßigkeit eigentlich ankommt. An welchen Faktoren im Tatbestand hat eine Verhältnismäßigkeitsbetrachtung anzuknüpfen?

§ 8. Die Anknüpfungspunkte für die Verhältnismässigkeit

Was ist nun für die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs von Belang? Wo sind im Tatbestand bei einer Verhältnismäßigkeits-erwägung die Maße anzusetzen? In erster Linie ist es der Eingriff selber, auf den es in der Frage der Verhältnismäßigkeit ankommt. Dann fällt weiter ins Gewicht der Zweck, der mit dem

²⁵ Vgl. aber 73 I 99; Praxisänderung. Das Bundesgericht schützt eine Bestimmung, wonach die Lebensmittelläden an einem einheitlichen Halbttag zu schließen sind. Dazu die Kritik von Hans Huber, ZBJV Bd. 85, S. 49 ff.

Eingriff angestrebt ist. Und schließlich hat auch Bedeutung der Erfolg, der tatsächlich realisiert wird. Somit sind diese drei Elemente einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

I. Der Eingriff

Die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme hängt einmal ab von der Schwere des Eingriffs in die Privatsphäre des Betroffenen, vom Ausmaß und der Art der Beschränkung seiner Rechte oder Freiheiten. Die Schwere des Eingriffs kann näherhin aus einem zweifachen Gesichtspunkt bestimmt werden: nach der normativen und wertmäßigen Bedeutung der Rechte oder Freiheiten, die er beschneidet, und den faktischen Auswirkungen, die sich aus dem Eingriff ergeben¹. So kann eine polizeiliche Maßnahme verschieden hohe Rechtsgüter tangieren, ohne daß sich der Eingriff für den Betroffenen faktisch verschieden auswirkt. Umgekehrt können Eingriffe, die rechtlich gleich schwer wiegen, faktisch von ganz ungleichem Gewicht sein.

1. In rechtlicher Hinsicht

Der Eingriff in ein Recht erscheint um so schwerer, je höher dieses Recht im Stufenbau der Rechtsordnung steht, also entsprechend seinem normativen Rang, und je größer der Wert ist, den ihm die Rechtsordnung zumißt, also entsprechend seinem Rang in der Wertordnung, die der Rechtsordnung zugrunde liegt. Die Schwere des Eingriffs hängt somit ab vom normativen und wertmäßigen Rang des Rechts, das davon betroffen wird. Die Beschränkung eines Rechts auf der Verfassungsstufe ist darnach schwerer wiegend als die Beschränkung eines Rechts auf der Gesetzesstufe. Ebenso sind Eingriffe in die verfassungsmäßigen Grundrechte verschieden schwer, je nach dem Werte, den diese repräsentieren.

¹ Teitgen, *La police municipale*, S. 418, unterscheidet in diesem Sinne zwischen «*valeur juridique*» oder «*abstraite*» der Rechte oder Freiheiten, die beschränkt werden, und der «*gêne pratique*», die der Eingriff tatsächlich für die Ausübung der Freiheit mit sich bringt.

Es ist nicht leicht, im Sinne dieser Unterscheidungen Beispiele aus der bundesgerichtlichen Judikatur anzuführen. Daß aber auch das Bundesgericht in der Frage des zulässigen Maßes an Eingriff auf die Qualität des Rechts oder der Freiheit, die dadurch tangiert werden, abstellt, scheint aus folgenden Fällen hervorzugehen:

Gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichtes dürfen Reklameautos einer strengeren Regelung unterworfen werden als die übrigen Fahrzeuge, die dem Personen- und Güterverkehr dienen². Für Reklameautos kann die Behörde den Bewilligungszwang vorsehen, ihnen bestimmte Straßen und Plätze gänzlich sperren, was sie für den übrigen Verkehr nie tun dürfte, außer es lägen ganz besondere Gründe vor. Warum macht das Gericht diesen Unterschied? Es ist doch nicht anzunehmen, die Störung, die Reklameautos verursachen, sei größer als bei Fahrzeugen, die andern Zwecken dienen. Ja, Last- und Langholzwagen können unter Umständen auf eine flüssige Verkehrsabwicklung viel hemmender wirken. Die unterschiedliche Behandlung hat einen andern Grund. Der Bürger hat ein Recht auf den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Straße, nämlich das Recht zur Benützung der Straße für Personen- und Güterverkehr. Er hat aber kein Recht auf anderweitigen Gebrauch, oder jedenfalls ist dieses Recht schwächer und die Eingriffsbefugnis der Behörde dementsprechend eine viel größere³. Ebenso unterliegt der gesteigerte Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes weitergehender polizeilicher Regelung und Beschränkung als der gewöhnliche Gemeingebrauch. Auch hier liegt wiederum der Grund in der verschiedenen rechtlichen Stellung des Bürgers. Das Bundesgericht erklärte dies grundsätzlich in einem Entscheid betreffend das Verbot politischer Manifestationen:

„Die in dieser Weise beschränkten politischen Veranstaltungen stellen sodann eine Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes dar, die über die gewöhnliche Benützung durch das Publikum

² Salis-Burckhardt, II 433 III, ZBl 50, S. 592.

³ Vgl. Teitgen über die Rechtsprechung des französischen Kassationsgerichtes, a.a.O., S. 438 ff.: «L'interdiction absolue (der Reklamewagen) est valable, en dehors même d'une nécessité grave, pour ce seul motif qu'elle est utile à l'ordre public, parce qu'elle ne porte pas atteinte à un droit ou à une liberté proprement dite.»

hinausgeht und einen gesteigerten Gemeingebrauch darstellt, der nach allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Grundsätzen einer weitergehenden polizeilichen Regelung und Beschränkung untersteht als die gewöhnliche Benützung. Die Behörden haben hier eine freiere Stellung, wenn es sich darum handelt, die Interessen des Verkehrs und überhaupt der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit zu wahren“ (61 I 110).

Diesem Grundsatz entsprechend entschied das Bundesgericht in der Frage der Zulassung von Verkaufsautomobilen. Die Benützung des öffentlichen Grundes durch Verkaufsautomobile gilt als gesteigerter Gemeingebrauch und kann weitergehenden Beschränkungen unterworfen werden als der übrige Personen- und Güterverkehr. In einem Entscheid (66 I 9) ließ zwar das Bundesgericht die Frage einmal offen, ob die Handels- und Gewerbefreiheit nicht auch das Recht auf gesteigerten Gemeingebrauch der öffentlichen Straßen in sich schließe, in einem neuern Entscheid (73 I 215) hat es dies aber wieder des bestimmtesten verneint⁴. Auch hier ist das gleiche zu sagen: Steht den Maßnahmen der Behörde kein bestimmtes Recht des Bürgers entgegen, so ist ihre Eingriffsbefugnis eine viel größere.

Nach der bundesgerichtlichen Judikatur erscheint also das Maß der Eingriffsbefugnis der Behörde abhängig vom Recht oder der Freiheit, die dieser Regelung entgegenstehen. In diesem Sinne verwirklicht das Bundesgericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wonach für die Erlaubtheit einer Maßnahme die Schwere des Eingriffs in rechtlicher Beziehung zu beachten ist.

2. In faktischer Hinsicht

Die Schwere des Eingriffs — und damit die Frage seiner Verhältnismäßigkeit — bestimmt sich aber nicht nur nach dem abstrakten Wert eines Rechts oder einer Freiheit, die davon betroffen werden, sondern auch nach den faktischen Auswirkungen, nach den Folgen, die praktisch der Eingriff für den Betroffenen mit sich bringt⁵. Wird zum Beispiel eine bestimmte

⁴ Vgl. dazu die Kritik von Hans Huber in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 85, S. 55. Ferner Marti, a.a.O., S. 140 f.

⁵ Vgl. Teitgen, a.a.O., S. 460 ff.

Straße gewissen Fahrzeugen gesperrt, so kann sich diese Maßnahme faktisch sehr verschieden auswirken, je nachdem die nächste offene Straße hundert Meter oder zwanzig Kilometer entfernt ist.

Ganz besonders aber steht die faktische Auswirkung eines Eingriffs in Frage, wenn einer Norm rückwirkende Kraft beigelegt wird. Man denke nur an polizeiliche Bauvorschriften. Werden davon auch bereits bestehende Bauten betroffen, dann kann das unter Umständen zu unerhörten Härten führen, die sich aus dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit nicht mehr rechtfertigen lassen ^{5a}.

Wird daher im Verwaltungsrecht im allgemeinen eine Rückwirkung nicht angenommen, so ist dies nicht zuletzt eine Folgerung aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ^{5b}.

Die faktische Tragweite eines Eingriffs zieht das Bundesgericht des weitern in Betracht, wenn es für den Rückzug einer einmal erteilten Polizeierlaubnis Gründe ernsterer Natur verlangt als für die Verweigerung einer Neuerteilung. Für die Unterscheidung in diesem Sinne lassen sich aber keine Gründe rechtlicher Natur geltend machen. Die Polizeierlaubnis verleiht kein Recht. Der Inhaber einer Polizeierlaubnis kann sich somit nicht auf ein bestehendes Recht berufen. Zum Schutze der öffentlichen Interessen wären an ihn wie an den Neuerwerber die gleichen Anforderungen zu stellen. Wenn das Bundesgericht aber trotzdem einen Unterschied macht, hat das seinen Grund im Tatsächlichen. Im Hinblick auf die Veranstaltungen, die der Inhaber einer Polizeierlaubnis unter Umständen bereits getroffen hat,

^{5a} Teitgen, a.a.O., S. 461, 466.

^{5b} In diesem Zusammenhang sei auf die Arbeit von Charles Ott «Der Grundsatz der Nichtrückwirkung im Verwaltungsrecht», Diss. Zürich 1952 (Manuskript) hingewiesen. Der Verfasser kommt zum Schluß, daß diese Maxime in Lehre und Praxis nicht einfach als ein absolutes Verbot der Rückwirkung von Normen verstanden wird. Vielmehr bestimmt sich darnach, unter welchen Voraussetzungen eine Rückwirkung statt haben kann oder nicht. Dabei wird auch hier die Erlaubtheit der Rückwirkung aus einer Interessenabwägung beantwortet. Und zwar wird wiederum das Verhältnis von Zweck und Mittel nach einem Drittmaß — der individuellen Freiheit des Menschen — beurteilt. Insofern erscheint der Grundsatz der Nichtrückwirkung von gleicher Struktur und gleichem Inhalt wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung statuiert Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf den Uebergang vom alten zum neuen Recht.

rechtfertigt sich diese Unterscheidung. Der Entzug der Bewilligung könnte sich in tatsächlicher Hinsicht viel einschneidender auswirken als die Verweigerung einer Neuerteilung. Im bereits zitierten Entscheid (73 I 219) betreffend die Zulassung von Verkaufsautomobilen macht das Bundesgericht diesen Unterschied zwischen Erteilung und Entzug einer Bewilligung. Wie es aber in dieser Frage mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit argumentiert, scheint nicht angängig⁶.

Ebenso berücksichtigt das Bundesgericht die faktischen Auswirkungen einer Regelung, wenn es das erlaubte Maß an Eingriff wesentlich davon abhängig macht, ob eine polizeiliche Maßnahme als dauernde oder nur vorübergehende gedacht ist. Denn der vorübergehende Charakter eines Erlasses reduziert ganz beträchtlich seine tatsächliche Härte. Provisorische Maßnahmen können daher rigorosser sein, ohne den Grundsatz zu verletzen⁷.

Das Bundesgericht sucht auch faktische Härten zu mildern, die sich aus der bundesstaatlichen Struktur der Schweiz ergeben. Zum Beispiel sind alle Gewerbetreibenden grundsätzlich der Gewerbegesetzgebung jenes Kantons unterstellt, in welchem sie ihr Gewerbe ausüben. Eine ausnahmslose Anwendung des betr. kantonalen Rechts auf Gewerbetreibende, die sich nur vorübergehend im Kanton aufhalten, könnte aber zu unmöglichen Eingriffen führen. Darf z. B. von einem Walliser Bergführer, der im Kanton Graubünden Touren führen will, verlangt werden, daß er sich auch um das Patent dieses Kantons bewerbe und zwar auf

⁶ «Dadurch, daß der Regierungsrat die nachgesuchte Bewilligung gänzlich verweigert und nicht unter einschränkenden Bedingungen erteilt hat, hat er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht verletzt. Dieser Grundsatz, wonach Polizeimaßnahmen unzulässig sind, soweit weniger weitgehende Maßnahmen den gleichen Zweck erfüllen können, gilt dann, wenn die Behörden durch Beschränkungen oder Verbote in eine an sich oder kraft einmal erteilter Bewilligung erlaubte Tätigkeit eingreifen. Dagegen ist er nicht anwendbar, wenn sie darüber zu entscheiden haben, ob eine einer besondern Bewilligung (Polizeierlaubnis) bedürftige Tätigkeit zuzulassen sei.»

Wie gesagt, läßt sich die unterschiedliche Behandlung aus der tatsächlichen Verschiedenheit rechtfertigen, warum aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht anwendbar sein soll, ist nicht einzusehen. Das Bundesgericht hält sich an eine zu enge Interpretation des Wortes «Eingriff». Auch die Verweigerung einer Polizeierlaubnis ist im Sinne des Grundsatzes ein Eingriff in die Freiheit des Bürgers.

⁷ BGE, 61 I 108: Verbot politischer Umzüge nachts und Versammlungen im Freien, s. § 7 I, 2. Vgl. auch Teitgen, a.a.O., S. 465.

Grund einer erneuten Prüfung? Das Bundesgericht bejaht, daß der Bergführer sich um das bündnerische Patent bewerben muß; die Frage, ob das auf Grund einer erneuten Prüfung zu geschehen hat, läßt es offen, deutet aber an, daß die Behörde sich hier Zurückhaltung auferlegen muß⁸. Bedenkt man, daß für die Sicherheit der Touristen die genaue Ortskenntnis des Bergführers von ausschlaggebender Bedeutung ist, so könnte aus diesem Grunde eine erneute Prüfung wohl verantwortet werden, vielleicht aber nicht unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit, da dies bei den vielen kleinen Bergkantonen tatsächlich zu einer unmöglichen Beschränkung des Gewerbes führen könnte^{9 10}.

II. Der Zweck

Weiterhin beurteilt sich die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme nach der Bedeutung des Zwecks, der damit verfolgt wird. Je bedeutungsvoller der Zweck, desto einschneidender darf das Mittel sein.

Den Polizeizweck kann man von einem doppelten Gesichtspunkt aus betrachten, nämlich im Hinblick auf das zu schützende Rechtsgut und im Hinblick auf die Gefahr, die ihm droht. Damit ist auch in der Frage der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme eine Untersuchung aus diesem zweifachen Gesichtspunkt angezeigt.

1. Das Schutzobjekt

Die Verhältnismäßigkeit einer polizeilichen Regelung ist abhängig von der Tragweite des öffentlichen Interesses, das sie

⁸ 53 I 119.

⁹ Vgl. Marti, a.a.O., S. 112 f.

¹⁰ 52 I 289: Keine Bewilligungspflicht zur Publikation eines Ausverkaufs in andern Kantonen. Vgl. Marti, ebenda, S. 112 f.

Salis II 887: «Den Hausierhändler nötigen, in jedem Kanton, den er betreten, oder gar, was auch möglich wäre, in jeder Gemeinde, innerhalb welcher er seinen Handel betreiben will, vorerst die Niederlassung zu erwerben, wäre eine Aufhebung des Hausierhandels selbst und eine Beeinträchtigung der Handelsfreiheit, welche über das hinausgeht, was den Kantonen in Betreff von Handel und Gewerben zu verfügen gestattet ist.»

schützen soll. Das Maß an Eingriff muß der Bedeutung des zu schützenden Gutes entsprechen¹¹.

Das Bundesgericht prüft daher, ob öffentliches Interesse und Schwere des Eingriffs irgendwie in Einklang stehen. Je bedeutsamer dieses öffentliche Interesse ist, desto einschneidender darf der Eingriff sein. Unter Umständen kann ein bestehendes öffentliches Interesse überhaupt nicht mehr geschützt werden, weil der Aufwand an Mitteln dem Zweck nicht mehr entsprechen würde. Ein Beispiel dafür sind die Minimaltaxen im Apotheker- und Kutschergewerbe, die das Bundesgericht als unzulässig erachtet¹². Erlaubt sind im Apothekergewerbe Maximaltaxen, um das Publikum vor Uebervorteilung zu bewahren, nicht aber Minimaltaxen im Sinne einer Garantie für die richtige Qualität der Waren. Im Hinblick auf die einschneidende Minimaltaxe, die dem Gewerbe jede Bewegungsfreiheit nimmt, scheint eben in der Garantie für richtige Ware kein genügendes öffentliches Interesse mehr zu liegen, um einen Eingriff zu rechtfertigen. Das Gleiche ist vom Kutschergewerbe zu sagen. Eine Maximaltaxe zum Schutze der Fremden vor Ueberforderung erscheint zulässig, nicht aber eine Minimaltaxe, um das Herummarkten auf den öffentlichen Plätzen und die Aergernis veranlassenden Auftritte der Kutscher zu verhindern. Das öffentliche Interesse ist nicht genügend, um diese Maßnahme zu rechtfertigen.

Für die Verhältnismäßigkeit ist also von Bedeutung die Tragweite des öffentlichen Interesses im Hinblick auf das Mittel.

2. Die Gefahr

Aber nicht nur die Bedeutung des öffentlichen Interesses, das zu schützen ist, sondern auch die Größe der Gefahr, die ihm droht, ist maßgebend für die Verhältnismäßigkeit der Abwehr. Je ernster die Gefahr für die öffentliche Ordnung, desto rigorosere Maßnahmen sind erlaubt¹³. Die Stärke der Gefahr läßt sich bestimmen nach dem Ausmaß der Gefahr selber und nach

¹¹ Vgl. Marti, a.a.O., S. 108, 142. Jelinek, a.a.O., S. 286. Koellreuter, a.a.O., S. 121. Nebinger, a.a.O., S. 26.

¹² Salis II 850, 876; vgl. Marti, a.a.O., S. 136.

¹³ Marti, a.a.O., S. 108. Teitgen, a.a.O., S. 424.

der Wahrscheinlichkeit, mit der sie in Erscheinung treten wird. Dabei ist denkbar, daß Ausmaß und Wahrscheinlichkeit einer Gefahr zu gering sind, um überhaupt ein Einschreiten zu rechtfertigen. Und zwar erscheint die Gefahr als zu gering im Hinblick auf das Mittel zu ihrer Abwehr, da unter Umständen auch eine leichte Gefahr nur unter großem Aufwand an Mitteln zu beseitigen ist. Dadurch wäre die Proportionalität gestört.

a) Das Ausmaß der Gefahr

Die Anstalten der Polizei müssen der Stärke und dem Umfang der Gefahr entsprechen. Je nach dem Grad der Polizeiwidrigkeit sollen sie variieren. Eine schwere Ordnungswidrigkeit kann schwerste Mittel rechtfertigen, eine leichte macht unter Umständen überhaupt jede Abwehr unerlaubt, außer es sei mit einem geringen Maß an Eingriff auszukommen. Eine leichte Störung rechtfertigt keine schwere Maßnahme, auch wenn sie das einzige Mittel sein sollte, die Störung zu beheben. Aus dem Gedanken der Proportionalität Mittel—Zweck sind vielleicht gewisse Gefahren ganz oder teilweise in Kauf zu nehmen¹⁴.

Dementsprechend erachtet das Bundesgericht gewisse Gefahren als so gering, daß in Anbetracht des nötigen Eingriffs von einer Bekämpfung abzusehen ist. Zum Beispiel kann der Titel „Patentanwalt“, den auch eine nicht staatlich geprüfte Person führen darf, für das Publikum zu Täuschungen Anlaß geben, und doch schützt das Bundesgericht die Klage auf Verbot dieses Titels nicht:

38 I 450

„Und überdies ist zu sagen, daß wenn auch solche Verwechslungen etwa vorkommen sollten, daraus doch nicht ohne weiteres auf eine Gefährdung von Interessen des Publikums geschlossen werden könnte, die das Eingreifen der Staatsgewalt im Sinne des Art. 31 lit. e BV zu rechtfertigen vermöchte¹⁵.“

¹⁴ Teitgen, a.a.O., S. 415 ff.

¹⁵ In der Frage, ob auch der Inhaber einer Apotheke im Besitze eines Diploms sein soll, oder ob es genügt, daß ein diplomierter Verwalter die Apotheke führt, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht einheitlich.

Vgl. Nef, Rechtsgutachten zur Revision des Medizinalgesetzes des Kantons Zürich vom 30. Januar 1949. Marti, a.a.O., S. 127.

Im allgemeinen spricht sich das Bundesgericht dahin aus, daß es sich um besondere Gefahren handeln muß, damit die Polizei einschreiten darf¹⁶. So darf für eine wirtschaftliche Betätigung die Bewilligungspflicht nur eingeführt werden, wenn sie besondere Gefahren für die Oeffentlichkeit nach sich zieht. — Daß das Bundesgericht das Gefahrenmoment genauer Abwägung unterzieht, ergibt sich insbesondere aus den Vergleichen, die es im Einzelfall zu andern gewerblichen Tätigkeiten zieht, die ähnliche Gefahrenquellen bergen. Und nur wenn sich im betreffenden Tatbestand das Gefahrenmoment als größer erweist, dürfen auch weiter reichende Beschränkungen vorgenommen werden¹⁷.

b) Wahrscheinlichkeit der Gefahr

Nicht nur das Ausmaß, das eine Gefahr annehmen kann, ist für ihre effektive Schwere von Belang, sondern auch die Wahrscheinlichkeit, mit der diese Gefahr in Erscheinung treten wird. Darum ist bei einer verhältnismäßigen Gegenmaßnahme auch dieser Faktor in Betracht zu ziehen. Dem Grad der Wahrscheinlichkeit der Gefahr entspricht auch das Maß der Abwehr. Nach der stereotypen Formel der Verwaltungsrechtslehre heißt das: „Der entfernten Störung entspricht die entferntere Gewalt.“ Eine nahe und sichere Gefahr ist eben ernster und darum schwerer und rechtfertigt dementsprechend auch stärkere Maßnahmen¹⁸.

In diesem Sinne untersucht das Bundesgericht, ob Ernst der Gefahr und Polizeimaßnahme in Einklang stehen. Eine allgemeine, nur abstrakt bestehende Gefahr oder gar nur Möglichkeit rechtfertigt nicht die gleichen Mittel wie eine Gefahr, die nahe

¹⁶ Fleiner/Giacometti, BStR S. 306, Anm. 18.

70 I 147: Keine Bewilligungspflicht für das Coiffeurgewerbe.

67 I 13: Die Bewilligung zur Ausübung des Schuhmachergewerbes darf nicht aus Gründen der Moralität verweigert werden.

¹⁷ 52 I 236: Ist der Verkauf von Giften für wirtschaftliche und technische Zwecke mit geringern Gefahren verbunden als der Verkauf von Heilmitteln, dann ist es unstatthaft, die Gifte den Heilmitteln gleichzustellen und ihren Verkauf ebenfalls den Apotheken vorzubehalten.

Ebenso Salis II 800; vgl. Marti, a.a.O., S. 108; ferner: Salis-Burckhardt II 460 III; 446 II.

¹⁸ Vgl. Otto Mayer, a.a.O., S. 233. Walter Jellinek, a.a.O., S. 286. Nebinger, a.a.O., S. 26. Marti, a.a.O., S. 108.

bevorsteht. Danach ist es unzulässig, auf die allgemeine Gefahr hin, daß eine Kostgeberei auch außerhalb der Mahlzeiten an Dritte Alkohol ausschenkt, zum vornherein die Bewilligung zu verweigern, außer es bestehen besondere Verdachtsgründe in der Person des Kostgebers. Erst bei solchen Verdachtsgründen wird aus der abstrakten Gefahr eine konkrete, die dann das Verbot rechtfertigen könnte, sonst muß es bei der polizeilichen Kontrolle bleiben¹⁹. Gleich entschied das Bundesgericht in der Frage der Nichterneuerung eines Wirtschaftspatentes wegen schlechten Leumunds:

„Auf bloßen Verdacht hin darf aber . . . eine so einschneidende Maßnahme wie die Nichterneuerung des Patentes nicht verfügt werden. Bei nachweislicher Verfehlung kann es jederzeit entzogen werden“. (43 I 15).

Zusammenfassend kann also gesagt werden: Neben dem Recht, das einem polizeilichen Eingriff entgegenstehen kann und den faktischen Auswirkungen, die er für den Betroffenen mit sich bringt, ist für die Frage der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme die Bedeutung des Zweckes, den sie verfolgt, von Belang. Die Bedeutung des Zweckes bestimmt sich näherhin aus der Tragweite des öffentlichen Interesses, das auf dem Spiele steht und der Schwere der Gefahr, die diesem droht.

III. Der Erfolg

Wenig beachtet wird in Literatur und Judikatur ein dritter Faktor, der sicher bei der Frage der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs einzubeziehen ist: Der Erfolg, der einer Maßnahme beschieden ist. Denn es fragt sich doch auch, ob der Eingriff in die Freiheitssphäre des Bürgers vor seinem tatsächlichen Erfolg noch als gerechtfertigt erscheint. Darf zum Beispiel ein großer Aufwand an Mitteln, dürfen tiefgreifende Beschränkungen des Menschen vor einem kaum nennenswerten Erfolg verantwortet werden?

In der Literatur wird etwa angetönt, eine Maßnahme müsse wirksam sein, Erfolg verbürgen, sonst sei sie unzulässig, denn

¹⁹ 53 I 426; ferner 57 I 110.

ein unwirksames Mittel rechtfertigt sich in Anbetracht der damit verbundenen Beschränkung der Freiheit überhaupt nicht²⁰. Walter Jellinek differenziert in dieser Richtung noch etwas weiter. Neben der ganz unwirksamen Maßnahme kennt er die unzulängliche: „Trotzdem sind Fälle denkbar, wo ein Polizeibefehl sich zwar in der Richtung auf das polizeiliche Ziel bewegt, also nicht ungeeignet ist im eigentlichen Sinne, aber ungültig ist, weil der Befehl zur Befriedigung eines genügenden polizeilichen Interesses nicht ausreicht. Halbe Maßregeln sind keine Maßregeln²¹.“

Damit ist aber die Frage der Verhältnismäßigkeit zwischen Eingriff und Erfolg noch nicht eigentlich visiert. Denn da geht es nicht darum, ob überhaupt ein Erfolg realisiert wird, sondern in was für einem Verhältnis er zum Aufwand an Mitteln steht. Dies meint Giacometti, wenn er zur Diskussion über das obligatorische Schirmbildverfahren zur Bekämpfung der Tuberkulose schreibt: „Angesichts dieser Sachlage (geringe Erfolge mit dem Schirmbildverfahren) erscheint der riesige Zwangsapparat, den man auf Grund der Gesetzesvorlage aufziehen will, ganz unproportioniert zu den Erfolgen, die mit dem Schirmbildverfahren gegen die Ansteckungsgefahr erzielt werden, und damit erscheint der schwere Einbruch in die persönliche Freiheit nicht gerechtfertigt²².“

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wäre vielleicht auf einen Entscheid (73 I 11) hinzuweisen, in dem es das Erfordernis der Philosophienote im Reifezeugnis zur Erteilung des Befähigungsausweises für Anwälte verneint:

„Als sachlich nicht gerechtfertigt und überspannt erscheint es jedenfalls, ein Philosophiestudium in dem beschränkten Umfang, wie es an der Mittelschule möglich ist, als Voraussetzung für den Anwaltsberuf zu verlangen. Dieses Erfordernis wird durch den damit allfällig verfolgten Zweck, die Förderung der Rechtspflege und den Schutz des Publikums vor unfähigen Ver-

²⁰ W. Jellinek, a.a.O., S. 297 f.; Teitgen, a.a.O., S. 411. Marti, a.a.O., S. 108.

²¹ W. Jellinek, ebenda, S. 299.

²² Giacometti, Die staatspolitische Bedeutung des neuen Tuberkulosegesetzes, NZZ, 28. März 1949.

tretern, keinesfalls mehr gedeckt und verstößt daher gegen Art. 31 BV.“

Sicher schützt das Bundesgericht alle Bestrebungen zur Förderung der Rechtspflege und zum Schutze des Publikums. In diesem Sinne dürften hohe Anforderungen nicht gleich als überspannt gelten. Wahrscheinlich erachtet aber das Bundesgericht ein Mittelschulphilosophiestudium als zu wenig Erfolg verheißend, um dem Anwaltskandidaten, der eine Mittelschule ohne Philosophie absolviert hat, ein Nachstudium in der fraglichen Materie zuzumuten. Zwischen Erfolg und Eingriff bestände Diskrepanz.

§ 9. Die Verwirklichung des Grundsatzes

Wenn nun abschließend nach der Verwirklichung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes gefragt wird, dann interessieren praktisch zwei Probleme: Inwieweit bringt das Bundesgericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit tatsächlich zur Geltung? Wo aber handelt es sich um die bloße Schranke des Uebermaßes? Und wenn das Bundesgericht den Grundsatz anwendet, verwirklicht es ihn dann in seinen beiden Varianten? Ueberprüft es sowohl die Verhältnismäßigkeit des Mittels als auch diejenige von Mittel und Zweck?

I. Verbot des Uebermaßes oder Grundsatz der Verhältnismäßigkeit?

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Verbot des Uebermaßes gehen unter dem gleichen Namen¹. Aus der Terminologie des Bundesgerichtes, wie übrigens auch aus derjenigen der Lehre, können nicht ohne weiteres Schlüsse gezogen werden. Bald heißt es, ein Eingriff dürfe nur so weit gehen, als er durch

¹ Vgl. Einleitung und § 1.

seinen Zweck gedeckt sei, bald wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Wortlaut zitiert, ohne daß sich daraus Anhaltspunkte ergeben, wie der Grundsatz verstanden wird.

Dazu sei nochmals kurz rekapituliert: Der Schranke des Uebermaßes liegt das Kriterium der Notwendigkeit zugrunde. Ob es sich um ein Uebermaß ein Eingriff handelt, beurteilt sich also danach, ob zur Erreichung eines gegebenen Zweckes ein bestimmtes Mittel nötig ist oder nicht. Aber hier ist gleich wieder beizufügen, daß das Kriterium der Notwendigkeit nicht eindeutig ist. Vorab kann es verstanden werden im Sinne des schlechterdings oder des relativ Notwendigen². Ein Mittel kann zur Erreichung eines Zweckes schlechterdings, das heißt, unter jedem irgendwie vernünftigen Gesichtspunkt, nötig sein. Oder aber es ist nur relativ notwendig, das heißt, unter einem bestimmten Gesichtspunkt wird seine Notwendigkeit bejaht, unter einem andern verneint. Das eine Mal wird die Frage der Notwendigkeit des Mittels allein und nur vom Zweck her bestimmt, das andere Mal werden noch andere Determinanten einbezogen, das heißt, die Wahl des Mittels wird von einem Drittfaktor abhängig gemacht. erinnert man sich nun noch an die Essentialia des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, wonach sich das Verhältnis von Mittel und Zweck nach einem Dritten bestimmt, so besteht materiell der eigentliche Gegensatz nur zwischen der Schranke des Uebermaßes im Sinne des schlechterdings Unnötigen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Nämlich, entweder wird das Mittel allein vom Zweck her bestimmt, somit ist ein Drittmaß ausgeschlossen und es kann sich nicht mehr um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit handeln oder aber Zweck und Mittel bestimmen sich aus einem Dritten: eben nach dem Grundsatz.

Wenn nun gefragt wird, wie weit in den Entscheiden des Bundesgerichtes der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Anwendung gelangt und wie weit es sich um die bloße Schranke des Uebermaßes im oben erwähnten Sinne handelt, so hat diese Frage nicht nur theoretischen Wert, sondern sie ist praktisch bedeutsam. Denn nicht nur in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 31 BV ist von einem Grundsatz der Verhältnis-

² Vgl. § 1, I.

mäßigkeit die Rede, das gleiche wird auch bezüglich der bundesgerichtlichen Judikatur zu Art. 4 BV im Sinne des Willkürverbotes angenommen³. Bringt aber das Bundesgericht in beiden Fällen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in gleicher Weise zur Geltung? Oder, bedenkt man die viel bescheidenere Kognitionsbefugnis des Bundesgerichtes gestützt auf Art. 4 BV im Vergleich zu seiner Rechtsprechung gestützt auf die übrigen verfassungsmäßigen Rechte, ist dann nicht eher anzunehmen, es handle sich dort in der Hauptsache um die Schranke des Uebermaßes und nur ausnahmsweise um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit? Im folgenden wird eine Skizze versucht.

1. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 31 BV

Daß das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 31 BV den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anwendet, dürfte anhand der vielen Beispiele genügend dargetan sein⁴. Wenn auch die vom Bundesgericht gebrauchten Wendungen: „Polizeiliche Einschränkungen dürfen aber nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um den Zweck, durch den sie gedeckt sind, zu erreichen“, zuerst an die bloße Schranke des Uebermaßes denken lassen, so wird eben in vielen Entscheiden nicht nur geprüft, ob der Eingriff allein vom Zweck her gedeckt ist, sondern das Verhältnis Mittel-Zweck wird letztlich von einem freiheitlichen Standpunkt aus gewürdigt. Also ganz im Sinne des Grundsatzes. Ob es sich bei näherem Zusehen im Einzelfall um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit handelt oder um das Verbot des Uebermaßes, ist hier nicht weiter von Gewicht. Grundsätzliche Bedeutung muß aber dieser Frage zugemessen werden für die Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Hinblick auf Art. 4 BV. Handelt es sich dort tatsächlich um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit?

³ Giacometti, Gutachten vom 5. Sept. 1949 über die Auslegung des Art. 17 AHV. «Das Bundesgericht hat dieses Prinzip (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) für das Gebiet des Polizeirechts zur Geltung gebracht und es aus Art. 4 und 31 der BV abgeleitet.»

⁴ Vgl. § 7 und 8.

2. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu Art. 4 BV

Das Willkürverbot, wie es in der Praxis des Bundesgerichtes gehandhabt wird, läßt sich nicht begrifflich festlegen. „Die Willkür erscheint als eine besonders qualifizierte Ungerechtigkeit bzw. Rechtsverletzung⁵.“ Doch heben sich in der Praxis des Bundesgerichtes einige Richtlinien ab.

a) Offensichtliches Uebermaß

Als willkürlich gelten Rechtssätze, die nicht auf ernsthafte, sachliche Gründe gestützt werden können, die sinn- und zwecklos sind oder unvernünftig erscheinen⁶. In der Rechtsanwendung sind es Akte der Behörden, denen eine gesetzliche Grundlage fehlt oder die offensichtlich über ihren gesetzlichen Rahmen hinausgehen.

Willkürlich sind demnach auch solche Akte, die offensichtlich über ihren Zweck hinausgehen. In diesem Sinne schreibt Giacometti im bereits erwähnten Gutachten: „Aus dem Willkürverbot des Art. 4 der BV kann man meines Erachtens folgern, daß jede staatliche Maßnahme gegenüber Privaten, die für den Zweck, für den sie gesetzt wird, schlechterdings nicht erforderlich ist, nicht gerechtfertigt und infolgedessen willkürlich erscheint.“ Was eben nichts anderes heißt, als daß das Willkürverbot dem Uebermaß im Sinne des schlechterdings Unnötigen eine Schranke setzt.

So hält das Bundesgericht in einem neuern Entscheid, in dem es Eigentumsbeschränkungen am Pfäffikersee prüft, fest:

„Das Bundesgericht kann auch hier nur einschreiten, wenn klar ist, daß von einem öffentlichen Interesse nicht gesprochen werden kann, oder wenn der in Frage stehende Eingriff in das Privateigentum offensichtlich nicht durch den verfolgten Zweck gedeckt ist⁷.“

Ebenso im bereits zitierten Entscheid 45 I 143⁸:

„Aber sie (die Regierung) geht zu weit und verletzt den Art.

⁵ Fleiner/Giacometti, BStR 414.

⁶ Fleiner/Giacometti, BStR 414. Max Imboden, Schutz vor staatlicher Willkür, S. 16. BGE 48 I 268.

⁷ ZBl Jhrg. 51, S. 310.

⁸ Siehe § 7, III, 2.

4 BV, wenn sie von der Rekurrentin unter Androhung der Schließung der Apotheke den Verkauf derselben verlangt, da sie auch auf andere Weise den Erfordernissen des Gesetzes Genüge leisten kann. . . . Dagegen muß ihr also das Recht, die Apotheke zu verpachten, gewahrt bleiben.“

Wenn das Bundesgericht an anderer Stelle in der Frage, ob es zulässig sei, das Anbringen von Reklametafeln auf bestimmte Orte zu beschränken, feststellt:

„Daß der Eingriff unbedingt notwendig sein müsse, um das erstrebte Ziel zu erreichen, wie der Rekurrent unter Berufung auf Leemann, Kommentar 1. Auflage zu Art. 702 ZGB No. 8 behauptet, läßt sich weder aus der Eigentumsgarantie noch aus Art. 702 ZGB herleiten“ (60 I 272)

will das eben nur besagen, daß damit Uebermaß als Willkür erfaßt werden kann, daß ein gewisses Maß an Kraßheit und Ungeerechtigkeit vorliegen muß, entsprechend dem, was das Bundesgericht unter Willkür versteht: besonders qualifizierte Rechtsverletzungen. Dies kommt auch zum Ausdruck in den Worten: „offensichtlich“ nicht durch den Zweck gedeckt.

Juristisch kann das Uebermaß an Eingriff, wie es das Bundesgericht vereinzelt tut, auch als Ermessensmißbrauch oder Ueberschreitung der Organkompetenzen betrachtet und ein offensichtliches Ueberborden in dieser Richtung als Willkür bezeichnet werden. Dadurch erhält auch das Verbot des Uebermaßes seine juristische Fundierung. Denn jedes Organ darf begriffsnotwendig nur die ihm übertragenen Kompetenzen ausüben. Geht es weiter, dann begeht es einen Rechtsbruch, indem es die Zuständigkeitsordnung verletzt. Darf ein Organ somit nur Zwecke verfolgen, die ihm eine Zuständigkeitsordnung zuweist, so folgt daraus auch zwingend, daß es in der Verwirklichung seiner Zwecke nur zu solchen Mitteln greifen darf, die durch diese Zwecke noch gedeckt sind. Ansonst geht es über seine Zwecksetzung hinaus und verletzt das Recht. Darum ist die Schranke des Uebermaßes nichts anderes als eine logische Folgerung aus der Organkompetenz. Hier liegt die rechtliche Begründung⁹.

⁹ Vgl. Walter Jellinek, a.a.O., S. 289. Ferner: Giacometti, Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, S. 32. Marti, Der Vollmachtenbeschluß von 1939, S. 16.

Der Ermessensmißbrauch kann darin liegen, daß die Erfordernisse eines Gesetzes zu weit gespannt werden oder daß ein Tatbestand unzulässig subsumiert wird. So ist es Willkür im Sinne des Uebermaßverbotes, wenn die Behörde offensichtlich von andern als der anwendbaren Vorschrift zugrundeliegenden Erwägungen ausgeht und ihr damit eine zu weitgehende Ausdehnung verleiht, indem sie sich über Sinn und Zweck der Ermächtigung hinwegsetzt. Verfolgt zum Beispiel eine Vorschrift zum Schutze des Schuhmachergewerbes nur ökonomische Ziele, so darf die Bewilligung zur Ausübung dieses Gewerbes nicht davon abhängig gemacht werden, daß der Gesuchsteller gewisse moralische Anforderungen erfülle:

67 I 18

„On doit sans doute, sous l'angle de l'art. 4 CF et nonobstant les recommandations du Département fédéral compétent, reconnaître aux cantons la plus grande liberté d'apprécier les circonstances de nature économique qui limiteraient contre l'octroi du permis à un cordonnier remplissant les conditions posées par l'art. 7 AMC. Mais, en l'espèce, les autorités vaudoises se sont inspirées de considérations qui, d'après ce qui précède, sortent manifestement du cadre de l'arrêté, elles ont ainsi outrepassé leur pouvoir d'appréciation et leurs décisions sont dès lors arbitraires¹⁰.

Es muß sich aber auch hier um offensichtliche Kompetenzverletzungen handeln. Das heißt:

„... Das Bundesgericht kann aber die Frage, ob die Verordnung des Regierungsrates inhaltlich den Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung überschreitet, nicht frei, sondern nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüfen¹¹.“

Nicht als willkürlich erachtet das Bundesgericht eine Auslegung einer kantonalen Vorschrift, die seiner Ansicht nach zwar unrichtig ist, sich aber doch mit sachlichen Gründen vertreten läßt¹².

Man kann sagen, daß die Schranke des Uebermaßes im Sinne des offensichtlich Unnötigen oder im Sinne einer offensichtli-

¹⁰ 53 I 117.

¹¹ ZBl Jhrg. 51 Nr. 13/14, S. 310; ferner 67 I 15, 73 I 216.

¹² 70 I 8; 73 I 216.

chen Kompetenzverletzung vom Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 4 BV zur Geltung gebracht wird und dort als typisch gelten dürfte und daß daher vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit — so wie er begrifflich herausgestellt wurde — eigentlich nicht die Rede sein kann. Erfasst jedoch das Bundesgericht gestützt auf Art. 4 BV allgemein erhöhte Ungerechtigkeiten, so kann der Grundsatz wieder Eingang finden, wenn seine Verletzung eine solche erhöhte Ungerechtigkeit darstellt.

b) qualifizierte Unverhältnismäßigkeit

Die Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bedeutet an sich noch keine Verletzung von Art. 4 BV. Es braucht dazu noch ein weiteres Requisit. Sehr deutlich legt dies das Bundesgericht in einem neuesten Entscheide dar:

„... Die Beschwerde behauptet, daß die Beschlagnahme (als Sicherung für die Vollstreckung eines Urteils) gegen den verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoße. Abgesehen davon, daß damit keine Verfassungsverletzung behauptet wird, kann auch von einer solchen keine Rede sein¹³.“

Doch geht man davon aus, daß das Bundesgericht auch Akte, die ohne gegen klares Recht zu verstoßen oder allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen zu widersprechen, aber in hohem Maße als ungerecht erscheinen, als Willkür bezeichnet¹⁴, so kann auch die Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit diese erhöhte Ungerechtigkeit in sich schließen und damit vor Art. 4 BV relevant werden. Das wird vor allem dann der Fall sein, wenn eine intensive, krasse Verletzung des Grundsatzes vorliegt.

So untersucht das Bundesgericht insbesondere, ob dem Eingriff der Behörde ein haltbares öffentliches Interesse zugrunde liegt:

73 I 216

„... Aus dem Gesichtspunkt von Art. 4 BV aber hat das Bundesgericht nicht frei zu prüfen, ob die von einer kantonalen

¹³ NZZ vom 14. Juli 1950.

¹⁴ Fleiner/Giacometti, a.a.O., S. 425 f.

Hans Huber, Die Garantie der individuellen Freiheitsrechte, Verh. des schweiz. Juristenvereins 1936, S. 157.

Hermann Keller, Die Willkürbeschwerde, S. 24.

Behörde angerufenen öffentlichen Interessen die Verweigerung der Bewilligung (für Verkaufsautomobile) wirklich rechtfertigen, sondern lediglich, ob es sich um Interessen ernsthafter Natur handelt, deren Berücksichtigung sich mit sachlichen Gründen vertreten läßt.“

Das Bundesgericht untersucht also nicht, ob ein Eingriff in Anbetracht aller Umstände sich rechtfertigt, besonders ob Eingriffsschwere und Zweck im richtigen Verhältnis stehen — was dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen würde —, sondern nur, ob das Gemeinwesen am Eingriff ein haltbares, ernstes Interesse haben kann. Damit kommt zur Unverhältnismäßigkeit die Qualifikation der Unhaltbarkeit hinzu. Was näherhin unter unhaltbarem Interesse zu verstehen ist, kann hier nicht weiter geklärt werden. Zur Scheidung scheint einzig wichtig, daß dabei nicht in erster Linie das Verhältnis Eingriff-Zweck ins Gewicht fällt — ein Gesichtspunkt, der sicher auch einbezogen wird —, sondern, ob dem verfolgten Zweck vernünftige Gründe zugrunde liegen. Damit steht eben die Betrachtung nicht unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismäßigkeit. Wie weit diese hineinspielt, ist eine Frage des einzelnen Falles.

Des weitern ahndet das Bundesgericht auch Verletzungen allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze, insbesondere Verletzungen freiheitlicher Prinzipien¹⁵. So erblickt es vereinzelt im unzulässigen Eingriff in die individuelle Freiheit eine besondere Art von Willkür¹⁶:

65 I 72

... „le Tribunal fédéral n'annule pour arbitraire une disposition de portée générale que si elle implique une inégalité que rien ne justifie, si elle a d'emblée aucune espèce de sens, ou enfin si elle constitue une atteinte inadmissible à la liberté du citoyen¹⁷.“

Kann unter diesem Gesichtspunkt des Schutzes freiheitlicher Prinzipien, die ein integrierendes Element des schweizerischen Gerechtigkeitsideals sind und die daher das Bundesgericht zu Recht als durch Art. 4 BV geschützt sieht, der Grundsatz der

¹⁵ Fleiner/Giacometti, a.a.O., 424 f. Max Imboden, a.a.O., S. 18 f. Hermann Keller, a.a.O., S. 24 f.

¹⁶ Fleiner/Giacometti, ebenda, S. 415, Anm. 30.

¹⁷ Ferner: 45 I 133.

Verhältnismäßigkeit wiederum zur Geltung gebracht werden, so gebietet die Spärlichkeit der Entscheide Zurückhaltung für weitere Folgerungen. Einem Ausbau der Praxis in dieser Richtung stünde aber nichts entgegen. Berechtigte Interessen, die zufällig durch keinen Freiheitsartikel gedeckt scheinen, könnten so doch ihren Schutz finden, was der ganzheitlichen Idee des Freiheitskatalogs nur entsprechen würde.

Ist also für die Judikatur des Bundesgerichtes zu Art. 4 BV die Schranke des offensichtlichen Uebermaßes typisch und ist daneben vor Art. 4 BV nur eine qualifizierte Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von Belang, so stünde einer vermehrten Anwendung des Grundsatzes im Sinne eines nuancierten freiheitlichen Gerechtigkeitsideals sicher nichts im Wege.

II. Varianten im Grundsatz

In der Frage der Verwirklichung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat ein zweites Problem entscheidende Bedeutung.

Verhältnismäßigkeit besagt eine Dreiecksbeziehung: Eingriff, Zweck und Drittmaß. Diese Dreiecksbeziehung ist aber variabel, je nach dem die eine oder andere Größe darin determiniert und zum primär bestimmenden Faktor wird¹⁸. So kann einmal der Zweck als konstant gelten, und es fragt sich nur, welches Mittel im Hinblick auf das Drittmaß zulässig ist. Oder auch der Zweck gilt als variable Größe, und hier heißt dann die Frage: Welcher Zweck darf mit welchem Mittel verfolgt werden? Im ersten Fall ist nur die Zulässigkeit des Mittels in Frage gestellt, im zweiten sind es sowohl Mittel als auch Zweck. Ueberprüft nun das Bundesgericht nur die Verhältnismäßigkeit des Mittels oder auch diejenige von Mittel und Zweck?

1. Die Verhältnismäßigkeit des Mittels

Wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur auf das

¹⁸ Vgl. § 2 III.

Mittel angewendet, dann gilt der Zweck als feststehend. Es fragt sich dann nur, mit welchem Mittel der gegebene Zweck in Anbetracht des Drittmaßes angestrebt werden darf. Und dahin laufen in der Hauptsache die Entscheide des Bundesgerichtes hinaus. Danach erachtet es nicht jedes Mittel als erlaubt, das dem Zwecke dient, sondern untersucht, ob der Eingriff auch im Hinblick auf die Freiheit des Bürgers gerechtfertigt werden kann. Das hat zur Folge, daß die Polizeibehörde sich mit einem Minimum an Eingriff begnügen muß. Im Hinblick auf das Freiheitsrecht hat die Behörde unter Umständen am Mittel Abstriche vorzunehmen, auch wenn damit in der Zweckverfolgung Risiken und Verzögerungen verbunden sind. Mit Rücksicht auf die Freiheit des Bürgers darf die Polizei nicht ohne weiteres sofort mit dem umfassendsten, sichersten und radikalsten Mittel eingreifen¹⁹.

2. Die Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck

Macht aber das Bundesgericht bei der Ueberprüfung des Mittels Halt? Oder untersucht es auch die Verhältnismäßigkeit des Zwecks im Hinblick auf die Schwere des dazu nötigen Eingriffs in die Individualsphäre des Bürgers? Bridel verneint dies: „Mais il faut aller plus loin encore et observer une juste proportion non seulement entre le but et le moyen, mais aussi entre l'importance des fins poursuivies par le législateur et la gravité du sacrifice demandée au citoyen. Cela, le tribunal fédéral ne l'a jamais exprimé, à notre connaissance, du moins en autant de termes²⁰.“

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß das Bundesgericht, vielleicht weniger häufig, auch die Zulässigkeit eines Polizeizweckes im Hinblick auf die dazu nötige Freiheitsbeschränkung überprüft. Wie bereits vorher dargelegt wurde²¹, untersucht es auch die Bedeutung des von der Polizei angestrebten Zwecks, das heißt im besondern die Tragweite des öffentlichen Interesses und die

¹⁹ Vgl. § 2 III, 1.

²⁰ Bridel, a.a.O., S. 111.

²¹ Vgl. § 8 II.

Größe der Gefahr, die diesem droht. Je nach der Bedeutung des Polizeizweckes und der Schwere der nötigen Maßnahme erachtet es dann unter Umständen ein Rechtsgut überhaupt nicht mehr als schützenswert. Zum Beispiel kann der Titel „Patentanwalt“, den auch eine nicht staatlich geprüfte Person führen darf, für das Publikum zu Täuschungen Anlaß geben, und doch schützt das Bundesgericht die Klage auf Verbot der Führung dieses Titels nicht:

38 I 449

„... Und überdies ist zu sagen, daß wenn auch solche Verwechslungen etwa vorkommen sollten, daraus nicht ohne weiteres eine Gefährdung von Interessen des Publikums geschlossen werden könnte, die das Eingreifen der Staatsgewalt im Sinne von Art. 31 BV zu rechtfertigen vermöchte.“

Auch rechtfertigt die Bequemlichkeit in der Ausübung einer staatlichen Kontrolle keine polizeiliche Einschränkung. Daher darf die Eröffnung einer Wirtschaft außerhalb des Dorfkerns nicht verboten werden mit der Begründung, der weite Weg vom Polizeiposten zur Wirtschaft erschwere die Kontrolle²².

Meist aber hält das Bundesgericht nicht offen fest, daß es einen bestimmten Polizeizweck im Hinblick auf das Mittel als unverhältnismäßig betrachtet, sondern es bezeichnet das Mittel als unzulässig, wodurch der Polizeizweck oft hinfällig wird, oder doch Abstriche daran vorgenommen werden müssen. Wenn es daher im Apotheker- und Kutschergewerbe Minimaltaxen als unerlaubt brandmarkt²³, da der Behörde weniger einschneidende Mittel zur Verfügung ständen, so hat das zwar den Anschein, als ob nur das Mittel unzulässig wäre. Und doch heißt das auch, daß in Anbetracht des schwerwiegenden Eingriffs das Bundesgericht das zu schützende öffentliche Interesse als zu gering achtet²⁴.

Ist daher mit Recht festzuhalten, daß das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur Handels- und Gewerbefreiheit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seinen beiden Varianten

²² 49 I 97; vgl. Marti, a.a.O., S. 106 f.

²³ Salis II 850, 876.

²⁴ Ferner: 70 I 147: Unzulässig Patentierung des Coiffeurgewerbes. Vgl. auch 66 I 23; Marti, a.a.O., S. 106 f.

verwirklicht, indem es sowohl die Verhältnismäßigkeit des Mittels als auch die des Zweckes überprüft, so ist doch zu hoffen, daß der Grundsatz in seiner zweiten Variante noch ganz anders Eingang findet. Denn darin liegt ja sein eigentlicher Sinn und darum geht es letzten Endes, daß beide, Mittel und Zweck, im richtigen Verhältnis stehen. Erst in dieser Form zur Anwendung gebracht, gelangt der Grundsatz zu seiner vollen Bedeutung.

Literaturverzeichnis*

- Affolter, Urs: Die rechtliche Stellung des Volkes in der Demokratie und der Begriff der politischen Rechte, Diss. Zürich 1948.
- Berg, H. v.: Handbuch des Policyrechts, 2. Aufl. 1802.
- Bietenholz, W.: Gewerbeschutz im Verhältnis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich 1945.
- Büchel, H.: Die Entstehung des schweiz. Bundesstaates als Problem der Rechtskontinuität, Diss. Zürich 1951.
- Burckhardt, W.: Methode und System des Rechts, Zürich 1936.
- Bridel, Marcel: Sur les limites des libertés individuelles, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948.
- Drews, Bill: Preußisches Polizeirecht, 2. Aufl. 1927.
- Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928.
- Fleiner/Giacometti: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.
- Frank, Ludwig: Gewerbefreiheit und öffentliche Unternehmung, Diss. Zürich 1919.
- Freytag, Willy: Untersuchungen zu einer Wissenschaft vom Sittlichen, Halle 1916.
- Giacometti, Zaccaria: Das Staatsrecht der Kantone, Zürich 1941.
- Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweiz. Bundesgerichtes, Zürich 1933.
 - Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft, Zürich 1945.
 - Unveröffentlichtes Gutachten vom 5. Sept. 1949 über die Auslegung des Art. 17 AHVG.
 - Die staatspolitische Bedeutung des neuen Tuberkulosegesetzes, Aufsatz in der Neuen Zürcher Zeitung, 28. März 1949, Nr. 632.
- Giese, Friedrich: Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1930.
- Hatschek, Julius: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 5. Aufl.
- Hippel, Fritz v.: Vorbedingungen einer Wiedergesundung heutigen Rechtsdenkens, Veröffentlichungen der Forschungsgemeinschaft der Evangelischen Akademien in Deutschland, Bd. 5, Tübingen 1947.
- Huber, Hans: Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1936.
- Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913.
- Imboden, Max: Der Schutz vor staatlicher Willkür. Zürich 1945.

* Weitere Literatur findet sich in den Anmerkungen.

- Kägi, Werner: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945.
- Keller, Hermann: Die Willkürbeschwerde, Diss. Bern 1944.
- Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
- Reine Rechtslehre, Leipzig 1934.
- Koellreuter, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1938.
- Krempel, Bernhardin: Götzte Gemeinschaft, Schweizer Rundschau, N.F. 1944, Heft 2.
- Mangoldt, Hermann: Rechtsstaatsgedanke und Regierungsform in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1938.
- Marti, Hans: Der Vollmachtenbeschluß vom 30. VIII. 1939, Zürich 1944.
- Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950.
- Mayer, F. F.: Grundzüge des Verwaltungsrechts, 1862.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. München und Leipzig 1914.
- Müller, Heinrich: Ueber Präventivpolizei, Diss. Zürich 1937.
- Nebinger, Robert: Reichspolizeirecht, 5. Aufl. 1945.
- Nef, Hans: Die Richtigkeit des Rechts, Jahrbuch der Schweiz. Philosophischen Gesellschaft, Bd. 3, 1943, S. 124 ff.
- Materielle Schranken der Verfassungsrevision, Zeitschrift für Schweiz. Recht, N.F. Bd. 61, S. 108 ff.
- Rechtsgutachten zur Revision des Medizinalgesetzes des Kantons Zürich vom 30. Januar 1949.
- Sinn und Schutz verfassungsmäßiger Gesetzgebung und rechtmäßiger Verwaltung im Bunde, Referat für den schweiz. Juristentag 1950, Zeitschrift für Schweiz. Recht, N.F. Bd. 69, S. 133 ff.
- Ott, Charles: Der Grundsatz der Nichtrückwirkung im Verwaltungsrecht, Diss. Zürich 1952 (Manuskript).
- Rosin, Hch.: Polizeiverordnungsrecht in Preußen, 2. Aufl. 1895.
- Ruck, Erwin: Schweizerisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Zürich 1939.
- Scherrer, Jürg: Die Verfassungsgerichtsbarkeit als Rechtsproblem und dessen staatspolitische Bedeutung in der Schweiz, Diss. Zürich 1937.
- Schindler, Dietrich: Verfassungsrecht und soziale Struktur, Zürich 1932.
- Schmitt, Carl: Verfassungslehre, München und Leipzig 1928.
- Spendel, Günter: Ueber eine rationalistische Geisteshaltung als Voraussetzung der Jurisprudenz, Beiträge zur Kultur- und Rechtsphilosophie 1948.
- Teitgen, Pierre-Henri: La police municipale, Diss. Nancy 1934.
- Tezner, Friedrich: Freies Ermessen, 1888.
- Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden, Wiener Staatswissenschaftliche Studien, N.F. VI, 1924.
- Thoma, Richard: Der Polizeibefehl im badischen Recht, 1906.
- Voigt, Alexander: Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Diss. Zürich 1945.
- Wolzendorff, Kurt: Die Grenzen der Polizeigewalt, 1908.

Curriculum vitae

Am 2. September 1921 wurde ich in Zurzach geboren. Die Gymnasialjahre verlebte ich in Altdorf. Im Aktivdienst erkrankte ich schwer und konnte erst im Herbst 1947 das Studium an der juristischen Fakultät Zürich beginnen und im Wintersemester 1951/52 abschließen.

